الدكتور وهبة الزحيلي

وكيل كلية الشريعة
مدرس الشريعة الاسلامية في كلية الحقوق
جامعة دمشق

الفقه الإسلامي

في أسلوبه الجديد

عقود البيع والايجار والشركات
الأيمان والنذور والكفارات

« أفضل العبادة الفقه »
حديث شريف

دار الكتاب

الدكتور وهبة الزحيلي

الفقه الإسلامي

في أسلوبه الجديد

عقود البيع والإيجار والشركات
الأيمان والنذور والكفارات

« أفضل العبادة الفقه »
حديث شريف

دار الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله ، وعلى آله وصحبه ومن والاه .

وبعد : فهذه بحوث في الفقه الاسلامي يقصد بها تبسيط الأحكام الفقهية ومعرفتها بأدلتها بحيث يستغنى بها عما هو مذكور في كتب كثير من فقهاء الحنفية ، مع العناية ببيان أهم الأحكام في مذاهب غير الحنفية ، ليسهل على الطالب الإلمام بها ، وليكون معتدلا في نظرته إلى علماء المذاهب دون تعصب ولا تقليد بعيد عن الحق ، فيأخذ ما يراه أسلم دليلًا ، وأحكم شرعاً ، وأحوط عملًا .

ثم ليصبح المتعلم على بصيرة من أمره في إدراك سعة الشريعة الإسلامية وسماحتها ونضوج فقهها .

والإنسان المسلم في الواقع ومقتضى المنطق السليم مطالب باتباع أرجح الآراء التي يطمئن إلى صحة دليلها ، ومسايرتها لأحوال الزمان والمكان ، قال الإمام أبو شامة : « ينبغي لمن اشتغل بالفقه أن لا يقتصر على مذهب إمام ، ويعتقد في كل مسألة صحة ما كان أقرب إلى دلالة الكتاب والسنة المحكمة » ، وقال الإمام السبكي مخاطباً أهل المذاهب الأربعة : « وأما تعصبكم في فروع الدين وحملكم الناس على مذهب واحد فهو الذي لا يقبله الله منكم ، ولا يحملكم عليه الا محض التعصب والتحاسد ، ولو

أن الشافعي وأبا حنيفة ومالكاً وأحمد أحياء يرزقون لشددوا النكير عليكم وتبرءوا منكم فيما تفعلون » .

وإن من القضايا الفطرية بل الضرورية أن تختلف آراء الفقهاء في مسائل الاجتهاد ، لأن الفقه الإسلامي يتفاعل مع نواحي الحياة العملية ، وأنماط الحياة تختلف بحسب الزمان والمكان ، كما يتميز فقهنا بإخلاص العاملين في حقله ، وصدق نواياهم وتفانيهم في طلب الحق والصواب ، فكان اختلافهم علمياً بحتاً ، ومراعاتهم لوجوه المصالح وحاجات الناس أمر ضرورياً ، هذا فضلا عن أنهم كانوا معذورين في خلافاتهم ، بسبب ما آل إليهم من اختلاف الصحابة الذي يرجع بالتالي الى مقدار تفاوتهم في الاجتهاد ، ودقة نقل السنة ، ومدى اطلاعهم على أحوال الرسول ﷺ وتعرفهم على أسرار التشريع والوحي ، والجمع بين الروايات المختلفة ، ثم أخذ التابعون مذاهب الصحابة ورجحوا بعض الأقوال على بعض ، فآل كل ذلك الى أئمة المذاهب على هذا النحو المختلط .

ولا يخفى أن من عوامل الاختلاف الفقهي أيضاً : اختلاف معاني الألفاظ العربية ، واختلاف موازين الفقهاء في مراعاة الاحتياط ودفع الشبهة والاستيقان في الدين ، واختلاف قواعدهم في الجمع بين الأدلة المتعارضة ، أو تحديد ضوابط الحديث ونقله ووصوله لفئة دون أخرى ، أو بسبب الاعتماد على مصدر من مصادر الاستنباط لم يأخذ به الآخرون . ونحو ذلك من أسباب اختلاف الفقهاء التي أوضحها الدهلوي في كتابه « حجة الله البالغة » .

ولكن ذلك كله قاصر على أحكام الفروع والمسائل الجزئية دون مساس بأصل العقيدة أو مقاصد التشريع العامة أو مراعاة مبدأ جلب المصالح ودفع المفاسد .

وطريقتي في بيان الأحكام الفقهية : تتلخص في تفصيل أحكام المذهب الحنفي مع بيان أدلة اختلاف علمائه ، ثم بعد ذلك أتعرض لبعض آراء المذاهب الأخرى فيما أجد له صلة ماسة بالحياة العملية مع الدليل أيضاً ، اذ بمعرفة الدليل يتبين وجه الحق في الحكم ويطمئن الباحث ، ويخف التعصب أو التشيع لرأي دون رأي ، فيتضح طريق العمل بما هو أرجح الأقوال الموافقة لكتاب الله وسنة رسوله ﷺ .

قال أبو حنيفة : « لاينبغي لمن لم يعرف دليلي أن يفتي بكلامي » وكان رضي الله عنه إذا أفتى يقول : « هذا رأي النعمان بن ثابت (يعني نفسه) وهو أحسن ماقدرنا عليه ، فمن جـــاء بأحسن منه فهو أولى بالصواب » . وقال الإمام مالك رضي الله عنه : « مـا من أحـد إلا وهو مأخوذ من كلامه ومردود عليـه ، إلا رسول الله ﷺ » وروى الحاكم والبيهقي عن الشافعي رضي الله عنه أنه كان يقول : « إذا صح الحديث فهو مذهبي » وفي رواية : « إذ رأيـتم كلامي يخالف الحديث فاعملوا بالحديث واضربوا بكلامي الحائط » .

وكان الإمام أحمد رضي الله عنه يقول « ليس لأحد مع الله ورسوله كلام » وقال أيضاً لرجل : « لا تقلدني ولا تقلد مالكاً ولا الأوزاعي ولا النخعي ولا غيرهم ، وخذ الأحكام من حيث أخـذوا من الكتاب والسنة ، لاينبغي لأحد أن يفتي إلا أن يعرف أقاويل العلماء في الفتاوى الشرعية ويعرف مذاهبهم » .

وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى : « لايحل لأحد أن يفتي بقولنا ، مالم يعلم من أين قلناه [١] » .

---

(١) راجع حجة الله البالغة للدهلوي : ١ ص ١٢٦

والله أسأل أن يوفق بهذا العمل إخواني من الطلاب ورجال العلم ليدركوا أهمية دراسة الفقه على هذا النحو ، ويجتنوا من ثماره اليانعة ، ويشعروا بمتعة هذه الدراسة النموذجية التي تمهد الطريق للوصول إلى دراسة عميقة شاملة لجميع نواحي الفقه الاسلامي ، والله المستعان .

في ١ من رجب سنة ١٣٨٧ هـ
في ٤ من تشرين الثاني سنة ١٩٦٧ م

الدكتور
وهبة الزحيلي



خطة البحث :

منهاج الصف الثاني يتناول الأيمان والنذور والكفارات ، والبيوع وما يتبعها ، والقرض ، والإجارة ، والشركات . وسأبدأ ببحث الأيمان والنذور وكفارة اليمين تكميلاً لمنهاج العبادات المقرر في الصف الأول من كلية الشريعة . وبذلك يكون ترتيب الموضوعات في هذا المرجع العام على النحو التالي :

- الأيمان والنذور والكفارات .
- عقد البيع ، وركنه ، وشرائطه ، وحكمه ، والبيع الفاسد والباطل .
- الخيارات : خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب .
- بعض أنواع البيع .
  ١ - السلم .
  ٢ - الاستصناع .
  ٣ - الصرف .
  ٤ - الربا .
  ٥ - القرض .
  ٦ - المرابحة والتولية والوضيعة « بيوع الأمانة »
  ٧ - الإقالة .
- كلمة عن الملكية : هل هي مطلقة أم مقيدة بالمصلحة العامة ؟
- عقد الإيجار .
- عقد الشركة وأنواعها .

الأيمان والنذور والكفارات

من الواضح أن اليمين والنذر وكفارة كل منهما فيها معنى العبادة والتعظيم والطاعة ، والكلام عنها يرتبط بعضه ببعض ، لذا ناسب بحثها مباشرة بعد مبحث العبادات المقرر في السنة الأولى من كلية الشريعة ، كما ناسب ذكرها تحت عنوان واحد .

ونبدأ ببحث الأيمان نظراً لأهميتها وخطورتها وشيوعها بين الناس وأصالتها بالنسبة لغيرها .

الأيمان

الكلام عن الأيمان يتناول المباحث الأربعة الآتية :

المبحث الاول — تعريف اليمين ومشروعيتها وأنواعها وحكم كل نوع
المبحث الثاني — صيغة اليمين
المبحث الثالث — شروط اليمين
المبحث الرابع — أحوال اليمين التي يحلف عليها فعلاً ، وفيه أحد عشر مطلباً :

المطلب الأول — الحلف على الدخول
المطلب الثاني — الحلف على الخروج
المطلب الثالث — الحلف على الكلام
المطلب الرابع — الحلف على الأكل والشرب
المطلب الخامس — الحلف على اللبس والكسوة
المطلب السادس — الحلف على الركوب
المطلب السابع — الحلف على الجلوس
المطلب الثامن — الحلف على السكنى
المطلب التاسع — الحلف على الضرب والقتل
المطلب العاشر — الحلف على ما يضاف إلى غير الحالف
المطلب الحادي عشر — الحلف على أمور شرعية

المبحث الأول

تعريف اليمين ومشروعيتها وأنواعها وحكم كل نوع

تعريف اليمين : اليمين في اللغة لها معان ثلاث : أولها — القوة ، ومنه قوله تعالى : « لأخذنا منه باليمين » أي بالقوة ، ثانيها — اليد اليمنى وقد سمي العضو باليمين لوفور قوته . ثالثها — القسم أو الحلف ، وأطلقت اليمين على الحلف ، لأن الناس كانوا إذا تحالفوا يأخذ كل واحد منهم بيمين صاحبه .

وفي اصطلاح الفقهاء كما قال الحنفية : عبارة عن عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك . وسمي هذا العقد باليمين ، لأن العزيمة تتقوى بها (١) .

مشروعية اليمين : اليمين مشروعة لأن الله تعالى أقسم ، وأمر نبيه ﷺ بالقسم ، مثل قوله سبحانه : « والليل إذا يغشى » « والشمس وضحاها » « والنجم إذا هوى » « والتين والزيتون » أي وربّ هذه الأشياء على اعتبار أن المحلوف به محذوف . والنبي أمر بالحلف في ثلاثة مواضع : فقال سبحانه « ويستنبئونك أحق هو ؟ قل : إي وربي ، إنه لحق وما أنتم بمعجزين » وقال تعالى : « قل : بلى وربي لتأتينكم » وقال عز وجل : « قل : بلى وربي لتبعثن » .

---

(١) راجع المبسوط للسرخسي : ٨ ص ١٢٦ ، فتح القدير : ٤ ص ٢ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٣ ص ١٠٦ وما بعدها ، الدر المختار بهامش رد المحتار : ٣ ص ٤٨ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٠ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٨ .

وقد ثبت في السنة تشريع اليمين [١] ، فقال ﷺ : (إني — والله — إن شاء الله ، لا أحلف على يمين ، فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذي هو خير ، وتحللتها) [٢] .

واليمين وإن كانت في الأصل مباحة إلا أنه يكره الإفراط في الحلف بالله تعالى لقوله سبحانه : « ولا تطع كل حلاف مهين » وهذا ذم له يقتضي كراهة فعله . ولذا كان الإمام الشافعي رضي الله عنه يقول « ما حلفت بالله تعالى صادقاً ولا كاذباً » [٣] ، وقد قرر أن اليمين مكروهه للنهي عنها بقوله تعالى : « ولا تجعلوا الله عُرْضة لأيمانكم » أي لا تكثروا الحلف بالله ، لأنه يعجز عن الوفاء به ، إلا أن تكون اليمين في طاعة من فعل واجب أو مندوب وترك حرام أو مكروه ، فتكون طاعة .

أنواع اليمين : اليمين بالله تعالى ثلاثة أقسام يمين منعقدة ، ويمين الغموس ، ويمين اللغو . قال محمد في كتاب « الأصل » : الأيمان ثلاثة : يمين مكفَّرة ، ويمين لاتكفَّر ، ويمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها . وفسر الثالثة بيمين اللغو .

آ — **اليمين الغموس** : عرفها الحنفية بأنها : الحلف على أمر ماض أو في الحال يتعمد الكذب فيه نفياً أو إثباتا . مثل قول الحالف :

---

(١) المغني لابن قدامة الحنبلي : ٨ ص ٦٧٦ ، تبيين الحقائق ، المرجع السابق .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن أبي موسى الأشعري ، وفي رواية « إلا كفرت عن يميني ، وأتيت الذي هو خير » وفي لفظ بالعكس (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٣٠١ ، نصب الراية: ٣ ص ٢٩٧)

(٣) المغني، المرجع السابق : ص ٦٧٨ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ١٢٨ ، ١٣٠ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٥ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٩ .

« والله لقد دخلت هذه الدار » وهو يعلم أنه ما دخلها ، أو قوله عن رجل : « والله إنه خالد » مع علمه أنه بكر ونحو ذلك . وحكمها عند الجمهور ومنهم الحنفية والمالكية والحنابلة على الراجح عندهم [١] : أنه يأثم فيها صاحبها ، ويجب عليه التوبة والاستغفار ، ولا كفارة عليه بالمال. استدلوا بقول الرسول ﷺ : « من حلف على يمين هو فيها فاجر ، ليقتطع بها مال امرىء مسلم حرم الله عليه الجنة ، وأدخله النار » [٢] وفي الصحيحين : « لقي الله وهو عليه غضبان » قال ابن مسعود : « كنا نعد من اليمين التي لا كفارة لها : اليمين الغموس » وعن سعيد ابن المسيب قال : « هي من الكبائر ، وهي أعظم من أن تُكفَّر » يروى عن النبي ﷺ أنه قال : « من الكبائر : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين وقتل النفس ، واليمين الغموس » [٣] . والمعقول يؤيدهم وهو أن الذي أتى به الحالف أعظم من أن تكون فيه الكفارة ، لذلك لا ترفع

---

(١) راجع المبسوط : ٨ ص ١٢٧ ، البدائع : ٣ ص ٣ ، ١٥ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٨ ، فتح القدير : ٤ ص ٣ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٠٧ ، الشرح الكبير للدردير بهامش حاشية الدسوقي : ٢ ص ١٢٨ ، بداية المجتهد : ١ ص ٣٩٦ ، المغني : ٨ ص ٦٨٦ .

(٢) أخرجه ابن حبان في صحيحه عن أبي أمامة ، ورواية الصحيحين ومثلها رواية أبي داود والترمذي هي عن عبد الله بن مسعود ، ورواه الطبراني في الكبير ورجاله ثقات عن العرس بن عميرة ، ورواه أحمد والطبراني أيضاً عن أبي موسى بلفظ « من حلف على يمين كاذبة ليقتطع بها مال أحد لقي الله عز وجل ، وهو عليه غضبان » (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٥ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧٨ ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٢)

(٣) رواه البخاري من حديث ابن عمر ، قال : جاء أعرابي إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : يارسول الله ، ما الكبائر ؟ فذكر في الحديث الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، واليمين الغموس ، وفيه قال السائل : وما اليمين الغموس ؟ قال : « الذي يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها كاذب » (راجع نيل الأوطار : ٨ ص ٢٣٥ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠٥ وما بعدها)

الكفارة إثمها ، فلا تشرع فيها ، وقد سميت بذلك ، لأنها تغمس صاحبها في الإثم أو في النار .

وقال الشافعية وجماعة : تجب الكفارة في اليمين الغموس أي تسقط الكفارة الإثم فيها كما تسقطه في غير الغموس ، لأنه وجدت من الحالف اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد ، فتلزمه الكفارة كما تلزمه في اليمين المنعقدة على أمر في المستقبل ، والله تعـالى يقول : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانـكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان » وهذا النص عام يعم الحلف في الماضي والمستقبل ، فتكون الآية موجبة الكفارة في اليمين الغموس ، لكونها من الأيمان المنعقدة ، وتعلق الإثم في هذه اليمين لا يمنع الكفارة ، كما أن الظهار منكر من القول وزور ، وتتعلق به الكفارة[١] .

٢ ـ **اليمين اللغو** : اختلف العلماء في تحديد المراد منهـا ، فقال الجمهور [٢] : هي أن يخبر عن الماضي أو عن الحال على الظن أن المخبر به كما أخبر ، وهو بخلافه ، في النفي والإثبات . وبعبارة أخرى : هي أن يحلف على شيء يظنه كما حلف ، فلم يكن كذلك . مثل قول الحالف : « والله ما كلمت زيداً » وفي ظنه أنه لم يكلمه أو « والله لقد كلمت زيداً » وفي ظنه أنه كلمه ، وهو بخلاف الواقع . أو يقول : « والله إن هذا الطائر لغراب » وفي ظنه أنه كذلك ، ثم تبين في الواقع أن الطائر حمام مثلا .

وقال الشافعي [٣] : لغو اليمين : ما لم تنعقد عليه النية . أو بعبارة

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٥ ، المهذب للشيرازي : ٢ ص ١٢٨

(٢) المراجع السابقة في الصفحة السابقة رقم (١) : البدائع : ص٣ ، ١٧ ، الفتاوى الهندية : ص ٤٩ ، بداية المجتهد : ص ٣٩٥ ، المغني : ص ٦٨٨

(٣) مغني المحتاج ، المرجع السابق : ص ٣٢٤ ، المهذب ، المرجع السابق

أخرى : يمين اللغو : هي التي يسبق اللسان إلى لفظها بلا قصد لمعناها ، أو يريد اليمين على شي فسبق لسانه الى غيره ، بدليل قوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان » أي قصدتم ، بدليل الآية الأخرى : « ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم » وقد روي عن ابن عمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم أنهم قالوا : « هو قول الرجل : لا والله ، وبلى والله » [١] ولأن ما سبق اليه اللسان من غير قصد لا يؤاخذ به ، كما لو سبق لسانه الى كلمة الكفر .

وقد اتفق الفقهاء على أن يمين اللغو لا كفارة فيها ، لقوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » ، ولأنها يمين غير منعقدة ، فلم تجب فيها كفارة ، ولأنها لا يقصد بها المخالفة ، فأشبه ذلك ما لو حنث ناسياً [٢] .

والشافعية يرون أن يمين اللغو تكون على أمر في الماضي أو الحال أو المستقبل ، لأن الأدلة التي ذكروها لم تفرق بين الماضي والمستقبل ، فكان الحلف لغواً على كل حال .

والحنفية يقولون : لا لغو في المستقبل ، بل اليمين على أمر في المستقبل تعتبر يميناً منعقدة ، وتجب فيها الكفارة إذا حنث الحالف ، سواء قصد اليمين أو لم يقصد ، وإنما تختص يمين اللغو في الماضي أو الحال فقط [٣] بدليل قوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم » واللغو

---

(١) روى خبر عائشة البخاري والشافعي ومالك موقوفاً ، وصحح ابن حبان رفعه ، ورواه أبو داود مرفوعاً ، وأخرجه البيهقي أيضاً . ونقله ابن المنذر عن ابن عمر وابن عباس وغيرهما من الصحابة وجماعة من التابعين (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٣٠٧ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٣٥ وما بعدها ، سبل السلام : ٤ ص ١٠٧)

(٢) المغني : ٨ ص ٦٨٨ ، البدائع : ٣ ص ١٧

(٣) البدائع : ٣ ص ٣ — ٤

في اللغة : اسم للشيء الذي لا حقيقة له ، بل على ظن من الحالف أن الأمر كما حلف عليه ، والحقيقة بخلاف ذلك ، وهكذا اليمين على أمر في الماضي أو الحال ، فهو مما لا حقيقة له إذ ليس فيه قصد اليمين : وهو المنع عن شيء أو الحث على شيء ، فكان لغواً . أما اليمين في المستقبل فهي يمين منعقدة ، كما سيأتي بيانه في اليمين المعقودة .

٣ - **اليمين المنعقدة أو المعقودة أو المؤكدة** : هي ما يحلف على أمر في المستقبل أن يفعله أولا يفعله . وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان ، فكفارته ... الآية » والمراد بذلك اليمين في المستقبل ، بدليل قوله تعالى : « واحفظوا أيمانكم » ولا يتصور الحفظ عن الحنث والمخالفة إلا في المستقبل ، ولأنه تعالى قال : « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » والنقض إنما يتصور في المستقبل [١] .

ووجوب الكفارة في هذه اليمين أمر مقرر بعد الحنث سواء أكانت اليمين على فعل واجب ، أو ترك واجب ، أو فعل معصية ، أو ترك مندوب أو ترك المباح أو فعله [٢] .

فإن كانت اليمين على فعل واجب مثل قوله : « والله لأصلين صلاة الظهر اليوم » أو « لأصومن رمضان » فإنه يجب عليه الوفاء بيمينه ، ولا يجوز له الامتناع عنه لقوله ﷺ « من نذر أن يطيع الله فليطعه » [٣]

(١) المبسوط : ٨ ص ١٢٧ ، فتح القدير : ٤ ص ٥ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٠٩ ، البدائع : ٣ ص ١٧

(٢) البدائع ، المرجع السابق

(٣) رواه البخاري وأحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها ، وتتمة الحديث « ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه » (راجع نصب الراية : ٣ ص ٣٠٠ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٠)

فإن امتنع عن البر يأثم ويحنث ويلزمه الكفارة [١] .

وإن كانت اليمين على ترك الواجب أو على فعل المعصية كأن قال : « والله لا أصلي صلاة الفرض » أو « لا أصوم رمضان » أو قال : « والله لأشربن الخمر » أو « لأقتلن فلاناً » أو « لا أكلم والدي » ونحو ذلك ، فإنه يجب عليه للحال الكفارة بالتوبة والاستغفار ، ثم يجب عليه الحنث والكفارة بالمال ، لأن عقد هذه اليمين معصية [٢] وقد قال ﷺ : « من حلف على يمين ، فرأى غيرها خيراً منها ، فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه » [٣] .

وإن كانت اليمين على ترك المندوب مثل : « والله لا أصلي نافلة ، ولا أصوم تطوعاً ، ولا أعود مريضاً ، ولا أشيع جنازة » ونحو ذلك ، أو على فعل المكروه مثل « والله لألتفت في الصلاة » فالأفضل له أن لا يفعل المكروه ويفعل المندوب أي يحنث ، ويكفر عن يمينه ، للحديث السابق : « من حلف على يمين ... » ولقوله تعالى : « ولا يأتل [٤] أولو الفضل منكم والسعة ... » الآية ، نزلت في أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، وقد حلف أن لا يبر مسطحاً بسبب اشتراكه في حديث الإفك على عائشة [٥] .

(١) البدائع ، المرجع السابق ، المغني: ٨ ص ٦٨٢

(٢) البدائع ؛ المرجع نفسه ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٥ ، المغني : ٨ ص٦٨٢ .

(٣) رواه أحمد في مسنده ومسلم والترمذي وصححه عن أبي هريرة ، ورواه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه عن عبد الرحمن بن سمرة ، ورواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه عن عدي بن حاتم وروي عن غير هؤلاء أيضاً (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٣٠٠ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٣ ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٦ ، نيل الأوطار ، ٨ ص ٢٣٧ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠٣)

(٤) أي لا يحلف ، وقيل : المراد لا يمتنع .

(٥) البدائع : ٣ ص ١٦ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٦ ، المغني : ٨ ص ٦٨١ ، ٦٨٢ .

وإن كانت اليمين على مباح تركاً أو فعلا كدخول دار وأكل طعام ولبس ثوب ونحوه ، فالأفضل له البر أي ترك الحنث ، لما فيه من تعظيم الله تعالى ، وقد قال سبحانه : « ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها » وله أن يُحنث نفسه ، ويكفر عن يمينه [١] .

حكم الناسي والمكره : الكفارة تجب في اليمين المنعقدة عند الحنفية والمالكية ، سواء أكان الحانث عامداً أو ساهياً أو خاطئاً أو نائماً أو مغمى عليه أو مجنوناً أو مكرها [٢] لأن الآية القرآنية وهي « ولكن يؤخذكم بما عقدتم الأيمان » لم تفرق بين عامد وناس وغيره ، ولقوله عليه الصلاة والسلام : « ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق واليمين [٣] » .

وقال الشافعية والحنابلة [٤] : لا كفارة ولا حنث على غير المكلف كالصبي والمجنون والنائم ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) البدائع : ٣ ص ١٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٠٩ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٤٠٢ ، فتح القدير : ٤ ص ٦ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٩ ، الدر المختار : ٣ ص ٥٣ .

(٣) نص الحديث ليس هكذا ، وإنما لفظه (النكاح والطلاق والرجعة) أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذي والحاكم في المستدرك والدارقطني والبيهقي . فاستبدال اليمين بالرجعة من صنع الفقهاء (راجع نصب الراية : ٣ ص ٢٩٣ وما بعدها)

(٤) المهذب للشيرازي : ٢ ص ١٢٨ ، حاشية الباجوري على متن أبي شجاع : ٢ ص٣٢٣ ، المغني : ٨ ص ٦٧٦

حتى يفيق »[١] ولا كفارة أيضاً على المغمى عليه والسكران غير المتعدي بسكره ، والساهي ؛ إذ أنهم في معنى المذكورين في الحديث ، فلا تنعقد اليمين منهم ، كذلك لاتنعقد من المكره لقوله ﷺ : « ليس على مقهور يمين »[٢] ولقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »[٣] .

أنواع اليمين المنعقدة : يشترط لانعقاد اليمين كما سيأتي أن يكون المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة عند الحلف ، ويشترط أيضاً لبقاء اليمين أن يكون المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة بعد اليمين . وبناء على هذا الشرط **عند الحنفية** انقسمت اليمين المنعقدة إلى أنواع :

(١) رواه أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه وصححه الحاكم وأخرجه ابن حبان عن عائشة، ورواه بعضهم عن علي وعمر وابن عباس وأبي هريرة وغيرهم (راجع مجمع الزوائد : ٦ ص ٢٥١، سبل السلام : ٣ ص١٨٠)وله ألفاظ منها لفظ رواية عائشة : « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق »

(٢) أخرجه الدارقطني عن واثلة بن الأسقع وأبي أمامة ، ثم قال : عنبسة — أحد رجال السند — ضعيف ، قال في التنقيح : حديث منكر ، بل موضوع ، وفيه جماعة ممن لايجوز الاحتجاج بهم (راجع نصب الراية : ٣ ص ٢٩٤)

(٣) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان ، ورواه أيضاً عن أبي الدرداء ، وأخرجه ابن ماجه وابن حبان والحاكم عن ابن عباس مرفوعاً ، ورواه ابن ماجه أيضاً عن أبي ذر ، ورواه أبو نعيم في الحلية عن ابن عمر ، وكل هذه الروايات بلفظ « إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » إلا حديث أبي الدراء وثوبان فهو بلفظ « إن الله تجاوز عن أمتي ثلاثة : الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه » ولكن ابن عدي في الكامل رواه عن أبي بكرة بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة ثلاثاً : الخطأ ، والنسيان ، والأمر يكرهون عليه » ورواه الطبراني في الأوسط عن عقبة بن عامر بلفظ « وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن ، وفيه ضعف . وهكذا يظهر أن لفظ « رفع عن أمتي ... » ليس موجوداً ، وإن كان الفقهاء لايذكرونه إلا بهذا اللفظ (راجع نصب الراية: ٢ص ٦٢، التلخيص الحبير : ص ١٠٩ ، مجمع الزوائد : ٦ ص ٢٥٠)

النوع الأول - أن تكون اليمين على ماهو متصور الوجود عادة .

النوع الثاني - أن تكون اليمين على ماهو مستحيل غير متصور الوجود أصلا .

النوع الثالث - أن تكون اليمين على ماهو متصور الوجود في نفسه ، لكن لايوجد على مجرى العادة .

النوع الأول - أن تكون اليمين على ماهو متصور الوجود عادة :

إذا كان المحلوف عليه أمراً يتصور حدوثه بحسب العادة والإمكان ، فإما أن يكون الحلف في حالة الإثبات أي الإيجاب ، أو في حالة النفي أي السلب .

أولاً - إن كان الحلف في حالة الاثبات : فإما أن يكون الإثبات مطلقاً عن الوقت أو مؤقتاً [١] .

آ — فإن كان الحلف في الإثبات مطلقاً عن التأقيت : مثل « والله لآكلن هذا الرغيف » أو « لأدخلن الدار » أو « لآتين دمشق » فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين ، فاليمين باقية لايحنث ، لأن الحنث يتحقق عند عدم البر باليمين ، وتصور البر ممكن في هذه الحالة : وهو فعل المحلوف عليه مرة في مدة العمر ، فإذا هلك الحالف أو المحلوف عليه حنث لحصول العجز عن تحقيق مقتضى اليمين ، غير أنه إذا هلك المحلوف عليه يحنث وقت هلاكه ، وإذا هلك الحالف يحنث في آخر جزء من أجزاء الحياة .

ب — وإن كان الحلف في الإثبات مؤقتاً ، مثل : « والله لآكلن هذا الرغيف اليوم » أو « لأدخلن هذه الدار اليوم » فما دام الحالف

---

(١) راجع البدائع : ٣ ص ١٢

والمحلوف عليه قائمين ، والوقت باقياً لايحنث ، لأن البر في الوقت مرجو فتبقى اليمين . وإن كان الحالف والمحلوف عليه قائمين ، ولكن مضى الوقت ، فإنه يحنث باتفاق الحنفية ، لأن اليمين كانت مؤقتة بوقت ، فإذا لم يفعل المحلوف عليه حتى انتهى الوقت ، فإنه يحنث .

أما إذا هلك أحدهما في الوقت المحدد : فإن هلك الحالف ضمن الوقت ثم مضى الوقت فلا يحنث باتفاق الحنفية ، لأن الحنث في اليمين المؤقتة بوقت يقع في آخر أجزاء الوقت ، وهو في تلك اللحظة ميت ، والميت لايوصف بالحنث .

وإن هلك المحلوف عليه وهو الرغيف مثلاً قبل مضي الوقت ، فتبطل اليمين عند أبي حنيفة ومحمد وزفر .

وقال أبو يوسف : لاتبطل اليمين ، ويحنث ، وتجب الكفارة . واختلفت الرواية عنه في وقت الحنث : روي عنه أنه يحنث عند غروب شمس اليوم المحدد فيه وقت اليمين ، وروي عنه أنه يحنث للحال ، قيل : وهو الصحيح من مذهبه .

ثانياً — إذا كان الحلف في حالة النفي : فإما أن يكون النفي مطلقاً عن التأقيت أو مؤقتاً .

آ — فإن كان الحلف في النفي مطلقاً عن الوقت : مثل « والله لا آكل هذا الرغيف » أو « لأدخل هذه الدار » فإن فعل مرة حنث ، لأنه لم يتحقق منه البر ، وإذا هلك الحالف أو المحلوف عليه قبل الفعل : لايحنث ، لأنه تحقق منه شرط بره في اليمين : وهو الامتناع عن الفعل .

ب — وإن كان الحلف في النفي مؤقتاً : مثل : « والله لا آكل هذا الرغيف اليوم » : فإن مضى اليوم قبل الأكل ، والحالف والمحلوف عليه قائمان ، فقد بر في يمينه ، لأنه وجد منه شرط البر ، وهو ترك

الأكل في اليوم كله . وإن هلك الحالف أو المحلوف عليه في اليوم برّ في يمينه أيضاً ، لأن شرط البر عدم الأكل ، وقد تحقق . وإن فعل المحلوف عليه في الوقت المحدد حنث ، لوجود شرط الحنث،وهو الفعل في الوقت .

النوع الثاني — أن تكون اليمين على ماهو مستحيل غير متصور الوجود أصلاً :

هذا هو المستحيل عقلاً مثل قول الشخص : « والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز» وليس في الكوز ماء . وحكمه أنه لاتنعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ومالك وأبي الخطاب من الحنابلة [١] ، لأن اليمين إنما تعقد على متصور الوجود أو متوهم التصور ، وليس هنا واحد منها ، وإذا لم يكن البر باليمين متصوراً فلا يتصور الحنث ، فلا فائدة في انعقاد اليمين .

وقال أبو يوسف والشافعي والقاضي من الحنابلة [٢] : تنعقد اليمين موجبة للكفارة في الحال ، لأن الحالف حلف على فعل نفسه في المستقبل ، كما لو حلف ليطلقن امرأته ، فماتت قبل طلاقها ، ولا يشترط عند هؤلاء أن تكون اليمين على أمر متصور الوجود .

وان كان الحالف يعلم أنه لاماء في الكوز ، تنعقد اليمين عند أئمة الحنفية الثلاثة ، وعند زفر : لاتنعقد .

ويجري هذا الخلاف السابق فيما إذا قال الحالف : « والله لأقتلن فلاناً » وهو لايعلم بموته ، فلا تنعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ومن وافقهم . وقال أبو يوسف ومن معه : تنعقد اليمين .

---

(١) البدائع : ٣ ص ١١ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٤ ، الدر المختار : ٣ ص ١٠٩، المغني : ٨ ص ٧٣٠

(٢) المراجع السابقة ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٠

فإن كان الحالف عالماً بموت الشخص فإنه تنعقد اليمين عند الجمهور ، وذلك كالنوع الثالث وهو المستحيل عادة ، لأنه يتصور أن يحييه الله ، فيقتله ، فيكون البر باليمين متصوراً ، إلا أنه خلاف المعتاد . وقال زفر : لاتنعقد يمينه .

النوع الثالث — أن تكون اليمين على ماهو مستحيل عادة :

إذا كان الأمر المحلوف عليه متصور الوجـــود في نفسه ، ولكنه مستحيل بحسب العادة كالصعود في السماء ، أو الطيران في الهـواء ، أو تحويل الحجر ذهباً ، أو شرب ماء دجلة كله ، أو قطع المسافة البعيدة في برهة وجيزة ، فإنه تنعقد اليمين عند أبي حنيفة وصاحبيه وبقية أئمة المذاهب [١] ، لأن البر متصور الوجود في نفسه بأن يقدر الله تعالى الحالف على ذلك ، كما أقدر الملائكة والجن والأنبياء على صعود السماء ، وكذلك انقلاب الحجر ذهباً ممكن بتحويل الله تعالى ، وهكذا كل ماذكر إلا أن الحالف عاجز عن ذلك عادة ، فبالنظر لتصور وجود المحلوف عليه حقيقة انعقدت اليمين ، وبالنظر للعجز عن تحقيق المحلوف عليه عادة حنث في الحال ، ووجبت الكفارة ، كما لو حلف ليطلقن امرأته ، فماتت .

وقال زفر رحمه الله تعالى : لاينعقد يمين هذا الحالف ، لأنه مستحيل عادة فيلحق بالمستحيل حقيقة ، وبما أن اليمين لاينعقد في المستحيل حقيقة فلا ينعقد كذلك في المستحيل عادة [٢] .

فإذا كانت هذه اليمين مؤقتة مثل : « والله لأصعدن السماء اليوم »

---

(١) راجع البدائع : ٣ ص ١١ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٥ ، الدر المختار : ٣ ص ١١١ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٠ ، المهذب : ٢ ص ١٤٠ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٢٦ ، المغني : ٨ ص ٧٣٠ ، الميزان : ٢ ص ١٢٩ ، ١٣٢ .

(٢) مراجع الحنفية السابق ذكرها

فإنه عند أبي حنيفة ومحمد : يحنث في آخر اليوم ، لأن البر يجب في المؤقتة في آخر اليوم عندهما ، ويكون الوقت ظرفاً موسعاً .

وقال أبو يوسف : يحنث في الحال، لتحقق عجزه عن البر في الحال . وهذا هو الصحيح من مذهبه [١] .

يمين الفور: هناك نوع آخر من اليمين المنعقدة أي اليمين في المستقبل : وهو ماتكون اليمين مؤقتة دلالة أو معنى ومؤبدة لفظاً : وهي المسماة يمين الفور : وهي كل يمين خرجت جواباً لكلام ، أو بناء على أمر ، فتتقيد بذلك بدلالة الحال ، مثل أن يقول شخص لآخر : « تعال تغد معي » فقال : « والله لاأتغدى » فلم يتغد معه ، ثم رجع إلى منزله، فتغدى ، وحكمها : أنه لايحنث في يمينه استحساناً ، والقياس أن يحنث وهو قول زفر .

وجه القياس : أن الحالف منع نفسه عن الغداء في عموم الحالات ، فتقييد اليمين في بعض الحالات دون بعض تخصيص للعموم .

ووجه الاستحسان : أن كلام الحالف خرج جواباً للسؤال ، فينصرف إلى ماوقع السؤال عنه ، والسؤال وقع عن الغداء المدعو إليه ، فينصرف الجواب إليه ، كأنه أعاد السؤال وقال : « والله لاأتغدى الغداء الذي دعوتني إليه » : يعني أن قصد الحالف متجـــه إلى الامتناع عن الغداء المدعو إليه بحسب عرف الناس ، والأيمان مبنية على العرف عند الحنفية كما سيأتي بيانه .

وهنـاك مثال آخر ليمين الفور وهو : إذا أرادت امرأة إنسان أن تخرج من الدار فقال لها زوجها : « إن خرجت فأنت طالق » فقعدت

---

(١) مراجع الحنفية السابقة .

تاركة الخروج ساعة ، ثم خرجت بعد ذلك لايحنث استحساناً ، لأن دلالة الحال تدل على التقييد بذلك الخروج ، كأنه قال : « إن خرجت هذه الخرجة فأنت طالق » فإن ذكر مايدل على خلاف هذا المقصود ، كأن بين أن المراد الخروج مطلقاً في هذا اليوم ، فيبطل اعتبار الفور ، كذلك يبطل اعتبار الفور ويحنث بمطلق التغدي إن قال : إن تغديت اليوم[1] .



---

(١) راجع المبسوط : ٨ ص ١٣١ ، ١٨٦ ، البدائع : ٣ ص ١٣ ، الدر المختار : ٣ ص ٩٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢

المبحث الثاني

صيغة اليمين

تنقسم اليمين بحسب اللفظ المقسم به إلى خمسة أنواع :

١ – يمين بالله تعالى صراحة باستعمال اسم من أسماء الله الحسنى .

٢ – يمين بالله تعالى صراحة باستعمال صفة من صفات الله .

٣ – يمين بالله تعالى بطريق الكناية .

٤ – يمين بالله تعالى من حيث المعنى .

٥ – يمين بغير الله تعالى صورة ومعنى .

١ – اليمين باسم من أسماء الله تعالى :

إن الحلف المباح : هو الحلف بالله تعالى ، وإن الحالف بغير الله عاص ، وقد اتفق العلماء على إباحة الأيمان بأسماء الله سبحانه ، سواء أكان الاسم خاصاً لايطلق إلا على الله تعالى نحو : الله ، والرحمن ، أو مشتركاً في الإطلاق على الله تعالى وعلى غيره كالعليم والحكيم والكريم والحليم ونحو ذلك ، لأن هذه الأسماء وإن أطلقت على المخلوقات إلا أنها تنصرف إلى الخالق بدلالة القسم ، إذ القسم بغير الله تعالى لايجوز ، فكان المراد بالاسم اسم الله تعالى .

حروف القسم : حروف القسم : هي الباء ، والواو ، والتاء ، كأن يقول الحالف : بالله ، أو والله ، أو تالله ، وذلك بحسب استعمال العرب ،

وقد ورد الشرع بذلك أيضاً مثل قـــوله تعالى : « والله ربنا ما كنا مشركين » « وتالله لأكيدن أصنامكم » « وأقسموا بالله » وقال ﷺ : « والله لأغزون قريشاً — ثلاث مرات ، ثم قال في الثالثة : إن شاء الله »[١] وقال عليه السلام فيما يرويه عمر : « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، من كان حالفاً فليحلف بالله ، أو ليصمت » قال عمر : فما حلفت بها بعد ذلك ذاكراً ولا آثراً »[٢] .

والباء والواو يستعملان في جميع مايقسم به من أسماء الله تعالى وصفاته . أما التاء فإنه لايستعمل إلا في اسم الله تعالى ، تقول : تالله ،ولاتقول : تالرحمن ، تعزة الله تعالى . ولو لم يذكر الحالف شيئاً من هذه الأدوات بأن قال : « الله لا أفعل كذا » يكون يميناً . وقال الشافعية : لو قال : (الله) ورفع أو نصب أو جر فليس بيمين إلا بنية[٣] .

٢ — اليمين بصفة من صفات الله تعالى :

صفات الله تعالى ثلاثة أقسام :

---

(١) رواه أبو داود وابن حبان والبيهقي وأبو يعلى وابن عدي عن عكرمة عن ابن عباس ، بعضهم رواه مسنداً ، وبعضهم رواه مرسلاً ، قال ابن أبي حاتم في العلل : الأشبه إرساله ، وقال ابن القطان : الصحيح مرسل (جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٩ ، نصب الراية : ٣ ص ٣٠٢ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٢ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢٠)

(٢) رواه البخاري ومسلم وأصحاب السنن الأربعة وأحمد ومالك والبيهقي عن عمر قال : سمعت عمر يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إن الله ينهاكم..الحديث» ومعنى قول عمر : «ماحلفت به ذاكراً »أي عن ذكر مني وعلم « ولا آثراً » : ولا راوياً لها عن أحد أنه حلف بأبيه (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٣ ، ٣١١ ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٥ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠١ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢٧)

(٣) راجع في هذا المبحث البدائع : ٣ ص ٥ ، فتح القدير : ٤ ص ٨ ، تبيين الحقائق للزيلعي ٣ ص ١٠٩ ، ١١١ ،الدر المختار: ٣ ص ٥٤ ، بداية المجتهد : ١ ص ٣٩٤ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٠ — ٣٢٣ ، المهذب: ٢ص١٢٩ ، المغني : ٨ ص٦٧٧ .

أحدها — مالا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم إلا في الصفة نفسها ، فالحلف بها يكون يميناً ، مثل : « وعزة الله ، وعظمته ، وجلاله ، وكبريائه » يكون حالفاً ، لأن الحلف بهذه الصفات أمر متعارف بين الناس .

الثاني - أن يحلف بصفة تستعمل صفة لله ولغيره على السواء ، فالحلف بها يكون يميناً أيضاً ، مثل « وقدرة الله تعالى ، وقوته وإرادته ، ومشيئته ورضاه ، ومحبته ، وكلامه » فإنه يكون حالفاً ، لأن هذه الصفات ، وإن استعملت في غير صفة الله ، لكن تعين المراد منها بقرينة القسم ، إذ لايجوز القسم بغير اسم الله تعالى وصفاته .

ومما يلحق بهذا القسم : أن يقول الحالف : (وأمانة الله) وذلك في ظاهر الرواية عند الحنفية وهو مذهب المالكية والحنابلة أيضاً . وذكر الطحاوي : أنه لايكون يميناً وإن نوى ، دليله : أن أمانة الله فرائضه التي تعبّد عباده بها من الصلاة والصوم وغير ذلك . قال الله تعالى : « إنا عرضنا الأمانة على السموات والأرض والجبال ... » الآية ، فكان حلفاً بغير اسم الله عز وجل ، فلا يكون يميناً .

ودليل ظاهر الرواية : أن الأمانة المضافة إلى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته ، بدليل أن « الأمين » من أسماء الله تعالى ، وهو مشتق من الأمانة ، فكان المراد بها لا سيما في حالة القسم صفة الله .

وقال الشافعية في الراجح عندهم : لاينعقد اليمين بأمانة الله إلا أن ينوي الحلف بصفة الله تعالى ، لأن الأمانة تطلق على الفرائض والودائع والحقوق ، كما في الآية السابقة .

ومن هذا القسم : « وعهد الله » [١] فهو يمين ، وهذا باتفاق الحنفية

---

(١) المراد بعهد الله : أي إلزامه وتكاليفه .

والمالكية والحنابلة ، وفي وجه عند الشافعية ، لأن العادة الحلف بها والتغليظ بألفاظها كالحلف بالله وصفاته ، وفي الوجه الثاني عند الشافعية وهو الراجح : لاتعتبر يميناً ما لم ينو الحالف بها اليمين ، لانها تحتمل أن المراد بالعهد : هو استحقاق الله ما تعبدنا به ، فهو يمين ، وتحتمل أن المراد بها ما أخذ علينا من العهد في العبادات ، فليس بيمين ، لأنه يمين بشيء محدث [١] .

ومن هذا القسم أيضاً « ووجه الله » فهو يمين ، لأن الوجه المضاف إلى الله تعالى يراد به الذات ، قال تعالى : « كل شيء هالك إلا وجهه » أي ذاته .

ولو قال الحالف : « وايم الله » كان يميناً ، وكذلك إذا قال : « لعمر الله » [٢] .

وقال الشافعية او قال : « وايم الله » أو « لعمر الله » ونوى به اليمين ، كان يميناً [٣] .

وقال المالكية والحنابلة : إذا قال الحالف : « وايم الله » أو « أيمن الله » أي بركته ، فهو يمين تجب كفارته ، لأن الحلف بذلك متعارف ، وكذا إذا حلف بقوله « لعمر الله » [٤] .

الثالث : — أن يحلف بصفة تستعمل لله تعالى ، ولغيره ، لكن استعمالها في غير الصفة هو الغالب ، فالحلف بها لا يكون يميناً ، مثل

---

(١) راجع في هذا المبحث البدائع : ٣ ص ٦ ، فتح القدير : ٤ ص ١٤ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١٢٧ ، المغني : ٨ ص ٦٩٧ ، ٧٠٣ ، المهذب : ٢ ص ١٣٠

(٢) البدائع، المرجع السابق ، الدر المختار : ٣ ص ٥٨ ، تبيين الحقائق : ٣ص ١١٠

(٣) راجع المهذب : ٢ ص ١٣٠ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٤ وأصل كلمة : وأيم أي أيمن، فحذفت منه النون لكثرة الاستعمال كما حذفوها في « يكن فقالوا « يك »

(٤) الشرح الكبير ، المرجع السابق ، المغني : ٨ ص ٦٩١ ، ٦٩٣ ، والمراد من قوله : « لعمر الله » أي البقاء والحياة .

قول الحالف : « وعلم الله » « ورحمة الله » « وكلام الله » أو غضبه أو سخطه أو رضاه ، لايكون هذا يميناً ، لأنه يراد بهذه الصفات آثارها عادة ، لانفسها ، فالعلم يراد به المعلوم غالباً ، والرحمة يراد بها الجنة ، قال تعالى : « ففي رحمة الله هم فيها خالدون » والغضب والسخط يراد به أثر الغضب والسخط عادة : وهو العذاب والعقوبة ، لا نفس الصفة ، فلا يصير بذلك حالفاً إلا إذا نوى به الصفة ، وكذا العرب لم تتعارف القسم بعلم الله تعالى ، فلا يكون يميناً بدون النية [١] .

وقال الشافعية والحنابلة : الحلف بكلام الله وعلمه وقدرته يمين إلا أن ينوي بالعلم المعلوم ، وبالقدرة المقدور ، كما يقال : اللهم اغفر لنا علمك فينا أي معلومك منا ومن زلاتنا . ويقال : انظر الى قدرة الله أي مقدوره [٢] .

الحلف على المصحف : الحلف على القرآن أو المصحف يمين باتفاق العلماء من مالكية وشافعية وحنابلة ، وكذا عند الحنفية على مارجحه الكمال بن الهمام والعيني ، ، لأن الحالف بالمصحف إنما قصد الحلف بالمكتوب فيه : وهو القرآن ، فإنه ما بين دفتي المصحف باجماع المسلمين . وذلك إلا أن يريد الحالف بقوله « القرآن » الخطبة أو الصلاة ، أو يريد بقوله « المصحف » الورق أو الجلد أو النقوش . وقد كان الحنفية يرون أن الحلف بالقرآن أو المصحف ليس يميناً ، لأنه حلف بغير الله تعالى . ولكن بما أن القرآن كلام الله فهو من صفاته تعالى ، لذا قال ابن الهمام : ولا

---

(١) البدائع : ٣ ص ٦ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٠٩ ، فتح القدير : ٤ ص ٩ ، الدر المختار : ٣ ص ٥٨

(٢) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢١ وما بعدها ، المغني : ٨ ص ٦٩٠ وما بعدها ، المهذب : ٢ ص ١٢٩

يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف ، فيكون يميناً . وقال العيني : وعندي أن المصحف يمين ، لاسيما في زماننا[١] .

الحلف بحق الله : اتفق المالكية والحنابلة والشافعية على أن الحلف بحق الله يعتبر يميناً مكفرة ، لأن الحق اسم من أسماء الله تعالى ، أو أن المراد به صفة لله تعالى ، لأن لله حقوقاً يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة ، فكان الحلف بذلك كقوله « وقدرة الله »[٢] .

وأما مذهب الحنفية في الحلف بحق الله ففيه اختلاف : فقال أبو حنيفة ومحمد وفي رواية عن أبي يوسف : لا يكون يميناً ، لأن حق الله يراد به طاعة الله ومفروضاته ، وليست هذه صفة لله ، إذ الطاعات حقوقه كما يتبادر إلى الفهم شرعاً وعرفاً ، فيكون حلفاً بغير الله .

وقالوا : فلو قال « والحق » يكون يميناً بالاتفاق . ولو قال : « حقاً » لا يكون يميناً لأن الحق من أسماء الله تعالى ، قال سبحانه : « ويعلمون أن الله هو الحق المبين » فذكره معروفاً بأل ينصرف اليه ، والحلف به متعارف . أما إذا ذكر منكَّراً بدون أل فهو مصدر منصوب بفعل مقدر ، فكأنه قال : أفعل هذا الفعل لا محالة ، فيراد به تحقيق الوعد ، فقوله « حقاً » بمنزله قوله : « صدقاً » وليس في ذلك شيء من معنى الحلف .

والرواية الأخرى عن أبي يوسف أن الحلف بحق الله يكون يميناً ، لأن الحق من صفات الله تعالى ، وهو حقّيته أي كونه تعالى ثابت الذات موجودها ، فكأنه قال : « والله الحق » والحلف به متعارف ،

---

(١) انظر فتح القدير : ٤ ص ٩ — ١٠ ، البدائع : ٣ ص ٨ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥٠ ، الدر المختار : ٣ ص ٥٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٢٧ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٢ ، المغني : ٨ ص ٦٩٥

(٢) الشرح الكبير للدردير ، مغني المحتاج ، المرجعان السابقان ، المغني ، المرجع السابق : ص ٦٩١

فوجب كونه يميناً [١] وهذا هو رأي بقية الأئمة كما عرفنا .

الحلف بلفظ (أقسم بالله ونحوه) : اذا قال الحالف : أقسم بالله ، أو أحلف بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله لأفعلن كذا ، يكون يميناً ، سواء نوى اليمين أو أطلق عند الحنفية والحنابلة ، وفي الأصح عند الشافعية في حالة الإطلاق .

وقال المالكية : يكون يميناً إن نوى وأراد اليمين بالله ، فإن لم يرد اليمين بالله فليست بيمين . والمراد بالنية : التقدير أي إن قدّر أن هذا اللفظ يمين ، فإذا لم يقدّره ويلاحظه فلا يمين عليه .

والدليل على أن الحلف بذلك يمين هو عرف الناس واستعمالهم ، قال الله تعالى : « فيقسمان بالله » « وأقسموا بالله » ويدل عليه أنه لو قال الحالف : بالله ولم يقل : أقسم ولا أشهد : أي لم يذكر الفعل ، كان يميناً ، وإنما كان يميناً بتقدير الفعل قبله ، لأن الباء تتعلق بفعل مقدر ، فإذا ذكر الفعل ونطق بالمقدّر كان أولى بثبوت حكمه .

وكذلك الحكم إن ذكر الفعل بلفظ الماضي ، فقال : أقسمت بالله أو حلفت بالله لأفعلن كذا ، يكون يميناً [٢] .

الحلف على الغير : قال الشافعية وغيرهم [٣] : إذا قال شخص لغيره : أقسم عليك بالله ، أو أسألك بالله لتفعلن كذا ، وأراد يمين نفسه فهو يمين ، ويسن للمخاطب أن يبر الحالف ، فإن لم يبره فالكفارة على الحالف ،

---

(١) فتح القدير : ٤ ص ١١ ، البدائع : ٣ ص ٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١١١ ، الدر المختار : ٣ ص ٦٢ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٩

(٢) البدائع ، فتح القدير:ص ١٢ المرجعان السابقان ، بداية المجتهد : ١ ص ٣٩٨ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٢٧ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٣ ، المهذب: ٢ ص ١٣١ ، المغني : ٨ ص ٧٠٠ ، شرح الباجوري : ٢ ص ٣٢١

(٣) مغني المحتاج:٤ص ٣٢٤ ، المهذب : ٢ ص ١٣١ ، المغني : ٨ ص ٧٣١

وإن أراد يمين المخاطب أو لم يرد يميناً ، بل أراد التشفع بالله عز وجل في الفعل لم يكن يميناً .

الحلف بقوله (أقسم لأفعلن كذا) : إذا ذكر الحالف القسم والخبر المقسم عليه ، ولم يذكر المقسم به أي لفظ الجلالة بأن قال : (أشهد) أو (أحلف) أو (أقسم) أو (أعزم) لأفعلن كذا ، كان يميناً عند جمهور الحنفية وفي رواية عن أحمد وهي الراجحة في مذهبه ؛ لأن القسم لما لم يجز بغير الله تعالى ، دل على أن هنالك مقسماً به محذوفاً : وهو اسم الله تعالى ، مثل « واسأل القرية » أي أهلها ، ولأن العرب تعارفت الحلف على هذا الوجه ، قال الله تعالى : « يحلفون لكم لترضوا عنهم » ولم يقل : بالله ، وقال عز وجل : « إذ أقسموا ليصرمنها مصبحين » ولم يذكر بالله . وقال سبحانه : « إذا جاءك المنافقون قالوا : نشهد أنك لرسول الله — إلى قوله — اتخذوا أيمانهم جنة » فسماها الله يميناً .

وقال المالكية مثل قولهم حالة ذكر المقسم به ، وهي الرواية الثانية عن أحمد ، وقول زفر عند الحنفية : إن نوى اليمين بالله كان يميناً ، وإلا فلا ، لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره ، فلم تكن يميناً حتى يصرفه بنية إلى ما تجب به الكفارة ، واستثنى المالكية من ذلك لفظ (أعزم) فإنه لايكون يميناً وإن نوى ، لأن معنى (أعزم) : أقصد وأهتم .

وقال الشافعية : لا يكون ذلك يميناً وإن نوى ، لأن ذكر المقسم به ركن من أركان اليمين [١] .

تكرار المقسم به : إذا ذكر الحالف المقسم به مكرراً بدون حرف

---

(١) المراجع السابقة : البدائع : ص ٧ ، فتح القدير : ص ١٣ ، الدردير : ص ١٢٨ ، مغني المحتاج : ص ٣٢٣ ، المغني : ص ٧٠٢ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٠ ، بداية المجتهد : ص ٣٩٨

العطف مثل قوله : « والله الرحمن الرحيم الطالب الغالب المدرك » : كان يميناً واحدة بلا خلاف . وإن كرر المقسم به بواسطة حرف عطف مثل قوله : « والله والله » أو « والله والرحمن » لا أفعل كذا : كان يمينين في أرجح الروايتين عن أئمة الحنفية ماعدا زفر ، لأنه لما عطف أحد الاسمين على الآخر كان الثاني غير الأول ، لأن المعطوف غير المعطوف عليه ، فكان كل واحد منها يميناً على حدة . أما إذا لم يعطف أحدهما على الآخر يجعل الثاني صفة للأول .

وقال زفر وهي الرواية الثانية عن أبي حنيفة : يكون ذلك يميناً واحدة في الحالتين ، لأن حرف العطف قد يستعمل للاستئناف ، وقد يستعمل للصفة ، فإنه يقال : فلان العالم والزاهد والجواد والشجاع ، فاحتمل المغايرة ، واحتمل الصفة ، فلا تثبت يمين أخرى مع الشك (١) .

تكرار الخبر المقسم عليه : إذا كرر الحالف الخبر المقسم عليه بأن قال : « والله لا أفعل كذا ، لا أفعل » أو قال : « والله لا أكلم فلانا ، والله لا أكلمه » فإنه يكون يمينين إلا إذا أراد بالكلام الثاني الإخبار عن الأول ، فانه يكون يميناً واحدة . والدليل على الحالة الأولى: أن الحالف لما أعاد المقسم عليه ، علم أنه أراد به يميناً أخرى ، إذ لو أراد الصفة أو التأكيد لما أعاد المقسم عليه (٢) .

٣ – اليمين بالله تعالى بطريق الكناية :

إذا حلف إنسان بالخروج من الإسلام مثل أن يقول : إن فعلت

(١) البدائع : ٣ ص ٩ ، فتح القدير : ٤ ص ١٣ ، الدر المختار : ٣ ص ٥٧.
(٢) البدائع : ٣ ص ١٠

كذا فأنا يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الإسلام أو من رسول الله أو من القرآن أو كافر ، أو يعبد من دون الله أو يعبد الصليب أو نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفراً ، فهذا ما اختلف فيه فقهاؤنا : فقال الحنفية [١] وفي رواية عن أحمد : يكون يميناً موجبة للكفارة إذا فعل الشيء المحلوف عليه ، لأن الناس تعارفوا الحلف بهذه الألفاظ من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير ، ولو لم يكن ذلك حلفاً لما تعارفوا ، لأن الحلف بغير الله تعالى معصية ، فدل تعارفهم على أنهم جعلوا ذلك كناية عن الحلف بالله عز وجل ، وإن لم يعقل وجه الكناية فيه ، كقول العرب : « لله علي أن أضرب ثوبي حطيم [٢] الكعبة » : فهذا جعل كناية عن النذر بالتصدق في عرفهم ، وإن لم يعقل وجه الكناية فيه .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأصح عندهم : لا يكون ذلك يميناً لخلوه عن ذكر اسم الله تعالى وصفته ، ولا كفارة عليه بالحنث فيه ، والحلف بذلك معصية ، والتلفظ به حرام . هذا إذا قصد بذلك تبعيد نفسه عن ذلك المحلوف عليه ؛ أما لو قال ذلك على قصد الرضا بالتهود وما في معناه إذا فعل الفعل ، كفر في الحال ، فان لم يعرف قصده ، لا يحكم بكفره ، كما رجح الشافعية [٣] . ويؤيد هذا

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٨ ، فتح القدير : ٤ ص ١٣ ، الدر المختار : ٣ ص ٥٩ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥١

(٢) الحطيم : جدار حجر الكعبة ، وقيل : مابين الركن وزمزم والمقام .

(٣) بداية المجتهد : ١ ص ٣٩٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٢٨ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٤ ، المهذب : ٢ ص ١٢٩ ، المغني : ٨ ص ٦٩٨

الرأي ما روى بريدة أن رسول الله ﷺ قال : « من حلف أنه بريء من الإسلام ، فإن كان كاذباً فقد قال ، وإن كان صادقاً فلم يرجع إلى الاسلام سالماً » (١) .

هذا إذا أضاف اليمين إلى المستقبل ، فأما إذا أضاف اليمين إلى الماضي بأن قال : « إني يهودي أو نصراني إن فعلت كذا في الماضي » كاذباً قصداً ، فهذا يمين الغموس ، ولا كفارة فيه عند جمهور الفقهاء ، كما بينا سابقاً .

لكن هل يكفُر بقوله هذا ؟

اختلف مشايخ الحنفية في ذلك ، والصحيح ماروى الحاكم الشهيد عن أبي يوسف أنه لايكفر ، لأنه ماقصد به الكفر ، ولا اعتقده ،وإنما قصد به ترويج كلامه وتصديقه فيه .

وكذلك لايكفر في الصحيح إذا قال : « يعلم الله أني فعلت كذا» وهو يعلم أنه لم يفعل . وقيل : إنه يكفر إذا علم أن قوله ذلك مكفر؛ لأنه بالإقدام عليه صار مختاراً للكفر ، واختيار الكفر كفر (٢) .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والنسائي وصححه من حديث بريدة بلفظ « من حلف،فقال : إني بريء من الإسلام ، فإن كان كاذباً،فهو كما قال ؛ وإن كان صادقاً، فلن يرجع إلى الإسلام سالماً » . وروى أبو يعلى عن أبي هريرة قال:قال رسول الله صلى عليه وسلم : « من حلف على يمين فهو كما قال : إن قال : إني يهودي فهو يهودي ، وإن قال: إني نصراني فهو نصراني، وإن قال : إني مجوسي فهو مجوسي» وفيه عنبس بن ميمون ، وهو متروك (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٥ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠٢ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٣٣ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧٧)

(٢) البدائع : ٣ ص ٨ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤٤٣ ، الطبعة القديمة ، الدر المختار : ٣ ص ٦١

هل اليمين بحسب نية الحالف أم المستحلف ؟

اتفق الفقهاء على أن اليمين في الدعاوى تكون بحسب نية المستحلف، واختلفوا في مثـــل الأيمان على الوعود ونحوها ، فقال قوم : بحسب نية الحالف ، وقال قوم آخرون : بحسب نية المستحلف .

أما المالكية فقالوا : اليمين على نية المستحلف ، ولا تقبل نية الحالف لأن الخصم كأنه قبل هذه اليمين عوضاً عن حقه ، ولأنه ثبت أن رسول الله ﷺ قال : « اليمين على نيـة المستحلف » وفي رواية « يمينك على مايصدقك به صاحبك » (١) .

وأما الحنفية فقـد فصلوا في رواية عن أبي حنيفة ، فقال : اليمين على نية الحالف إذا كان مظلوماً ، لأنه لايقتطـع بيمينه حقاً ، فلا يأثم وإن نوى غير الظاهر من كلامه ، وإن كان ظالماً فعلى نية المستحلف ، لأنه يكون حينئذ آثماً إن نوى به غير ماحلف عليه .

وأما الشافعية والحنابلة فقالوا : العبرة في اليمين بنية الحالف ، لأن المقصود من الأيمان هو المعنى القائم بالنفس ، لاظاهر اللفظ (٢) .

٤ — اليمين بغير الله تعالى صورة ومعنى :

إذا حلف الانسان بغير الله تعالى كالاسلام أو بأنبياء الله تعالى أو بملائكته أو بالكعبة أو بالصلاة والصوم والحـــج ، أو قال : « عليّ

---

(١) أخرج مسلم وابن ماجه هاتين الروايتين عن أبي هريرة ، وأخرج أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه الرواية الثانية ، وهو حجة لمن قال : الاعتبار بقصد المحلف سواء أكان حاكماً أو دائناً عادياً ظالماً أومظلوماً ، صادقاً أو كاذباً (راجع نيل الأوطار: ٨ص٢١٨ ، جامع الأصول:١٢ ص ٣٠٧ ، الإلمام:ص ٤٢٧ ، سبل السلام : ٤ص١٠٢)

(٢) راجع في هذا المبحث : بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٣ ، البدائع : ٣ ص ٢٠ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢١ ، المغني : ٨ ص ٧٦٣ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٢ ص ١٣٩

سخط الله وعذابه » أو بالآباء أو الأمهات أو الأبناء ، أو بالصحابة أو بالسماء أو بالأرض أو بالشمس أو بالقمر والنجوم ونحو ذلك ، فلايكون يميناً باجماع العلماء ، وهو مكروه [١] قال الشافعي : أخشى أن يكون معصية ولا يجب عليه كفارة ، لأنه حلف بغير الله تعالى ، والناس وإن تعارفوا الحلف بالآباء ونحوهم لكن الشرع نهى عنه ، وروي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « لاتحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت » [٢]، « فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر » [٣] وقال عليه السلام : « من حلف بغير الله فقد أشرك » [٤] ولأن هذا النوع من الحلف لتعظيم المحلوف به ، وهذا التعظيم لايستحقه إلا الله تعالى .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٨ ، ٢١ ، فتح القدير : ٤ ص ٩ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٨ ، الدر المختار : ٣ ص ٥٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٢٨ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٠ ، المهذب : ٢ص ١٢٩ ، المغني : ٨ ص ٦٧٧ ، ٧٠٤

(٢) رواه النسائي ، وأخرجه مسلم بلفظ « لاتحلفوا بالطواغي ولا بآبائكم » عن عبد الرحمن بن سمرة ، ورواه البزار والطبراني في الكبير عن سمرة بلفظ « لاتحلفوا بالطواغيت ولا تحلفوا بآبائكم واحلفوا بالله » وإسناد البزار ضعيف ، وفي إسناد الطبراني مساتير (راجع جامع الأصول ١٢ ص ٢٩٤ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧٧) والمقصود بالطواغي والطواغيت : الأوثان وكل ما كان أهل الجاهلية يقدسونه ويعبدونه ، وكذلك الشياطين ، وكل رأس في ضلالة فهو طاغوت .

(٣) هذه العبارة من حديث آخر بلفظ « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت » وفي رواية « أو ليسكت » أخرجه أصحاب الكتب الستة ومالك وأحمد والبيهقي عن ابن عمر ، وقد سبق تخريجه (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٣ ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٥)

(٤) رواه أحمد بهذا اللفظ عن ابن عمر ، ورواه أبو داود والترمذي وحسنه والحاكم وصححه بلفظ « من حلف بغير الله ، فقد كفر » ورواه الترمذي وابن حبان بلفظ « فقد كفر وأشرك » للمبالغة في الزجر والتغليظ في ذلك ، وهو على العموم محمول على من اعتقد فيما حلف به من التعظيم مايعتقده في الله تعالى (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٣ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢٧ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠١)

٥ ـ اليمين بغير الله تعالى صورة ولكنها يمين بالله معنى :

وهي اليمين بغير القربات التي يتقرب بها إلى الله تعالى ، وهي الحلف بالطلاق والعتاق . وذلك بذكر الشرط والجزاء [١] ، وبما أنه مانع عن تحصيل الشرط ، وحامل على البر ، فهو بمنزلة ذكر اسم الله تعالى . ويتحقق هـذا الحلف باستعمال أحد حروف الشرط وهي : إن ، وإذا ، وإذاما ، ومتى ، ومتى ما ، ومهما ، وكلما .

مثل قوله لامرأته : « إذا دخلت هذه الدار فأنت طالق » أو « إن دخلت » أو « متى دخلت » أو « إذا ما دخلت » أو « متى ما دخلت » فان وجد الدخول طلقت ، لأن هذه حروف الشرط فاذا وجد الشرط ، حنث في يمينه . فان تكرر دخولها لاتطلق ، لأن هذه الحروف لاتقتضي التكرار [٢] .

ولو قال لامرأته : (**كلما دخلت هذه الدار فأنت طالق**) يحنث بدخولها الدار ، فإن تكرر دخولها مرة ثانية أو ثالثة ، تكرر وقوع الطلاق ، فتطلق طلقة واحـدة في كل مرة ، لأن كلمة « كلـما » تقتضي تكرار الأفعال ، وهي قد دخلت على فعل الدخول . هذا إذا تكرر الدخول في حالة زوجية واحدة ؛ فإن طلقت ثلاثاً ، فتزوجت بزوج آخر ، وعادت إليه ، ثم دخلت الدار في المرة الرابعة ، لايقـع الطلاق عند أئمة الحنفية ماعدا زفر ؛ لأن محل الجزاء قد فات [٣] .

---

(١) الشرط : العلامة ، فسمي ماحلف عليه الحالف شرطاً : علامة على تحقق الجزاء ، والجزاء : هو مادخل عليه حرف التعليق وهو حرف الفاء إذا كان الجواب متأخراً ذكره عن الشرط مثل : إن دخلت الدار فأنت طالق . فإن تقدم الجزاء فلا حاجة الى حرف الفاء .

(٢) البدائع : ٣ ص ٢١

(٣) البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٣

ولو قال : (**كل امرأة أتزوجها فهي طالق**) فتزوج امرأة ، تطلق لوجود الشرط ، ولو تزوجها ثانية لاتطلق ، لأن الطلاق توقف على الزواج لا على طريق التعليق بالشرط ، بل لأنه أوقع الطلاق على امرأة متصفة بأنه تزوجها ، ويحصل الاتصاف عند التزوج . ولو تزوج امرأة أخرى تطلق ، لأن كلمة (كل) توجب عموم الأسماء أي كل ما يوصف بأنه امرأة ، ولا توجب عموم الأفعال وتكرارها [١] .

الجمع بين شرطين في يمين : إذا جمع الحالف بين شرطين بأن عطف أحدهما على الآخر بحرف الواو يقع الطلاق إلا عند وجود الشرطين ، مثل قوله : « إن دخلت هذه الدار وهذه الدار » فلا يقع الطلاق إلا عند دخول الدارين جميعاً ، سواء قدم الشرط أو أخره أو كان متوسطاً ، ولا يشترط الترتيب في دخول الدارين ، لأن حرف الواو لمطلق الجمع ، ولعطف الشيء على جنسه ، فيكون الشرط معطوفاً على الشرط لا على الجزاء .

وكذلك إن عطف **بحرف الفاء** لابد من تحقق الشرطين أيضاً بأن قال : « إن دخلت هذه الدار ، فهذه الدار ، فأنت طالق » إلا أنه يشترط هنا دخول الدارين على الترتيب بأن تدخل الأولى ثم الثانية ، لأن حرف الفاء يفيد الجمع على سبيل الترتيب والتعقيب بلا تراخ .

وكذلك إن كان العطف **بحرف (ثم)** لابد من تحقق الشرطين بأن قال : « إن دخلت هذه الدار ، ثم هذه الدار ، فأنت طالق » فيقع الطلاق بدخول الدارين على الترتيب مع التراخي بأن يدخل الدارين الأولى ثم الثانية بعد مدة ساعة من الزمن أو أكثر من ذلك ، لأن حرف (ثم) للترتيب والتعقيب مع التراخي .

---

(١) البدائع : ص ٢١

والحكم لايختلف في الجمع بين الشرطين ، سواء كرر حرف العطف بدون الفعل ، كما بينا ، أو كرر حرف العطف مع الفعل بأن قال : « إن دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار » وذلك بالواو أو بالفاء أو بحرف (ثم) [١] .

تكرار الأيمان في مجلس واحد أو في مجلسين إذا حلف إنسان فقال : « والله لا أكلم فلانا » ثم قال في ذلك المجلس أو في مجلس آخر : « والله لا أكلم فلاناً » أو قال لامرأته : « إن دخلت هذه الدار فأنت طالق » ثم قال بعد ذلك : « إن دخلت هذه الدار فأنت طالق » فهنا ثلاثة احتمالات : إما أن لايكون له نية ، أو نوى بالثانية التغليظ والتشديد ، أو نوى بالثانية الأولى .

آ ــ فإن لم يكن له نية : فلا شك أنهما يمينان ، حتى لو فعل كان عليه كفارتان ، فلو كلم فلاناً لزمه كفارتان ، وفي اليمين بالطلاق يقع طلقتان إن تحقق الشرط .

ب ــ وإن نوى باليمين الثانية التغليظ : فكذلك عليه يمينان ، ويلزمه كفارتان إذا كلم فلاناً؛ كما أنه يقع طلاقان بدخول الدار . ودليل هاتين الحالتين هو (أنه) لما أعاد المقسم عليه مع المقسم به ، علم أنه أراد به يميناً أخرى

ج ــ وإن نوى باليمين الثانية الأولى : كان عليه يمين واحدة ، لأنه نوى التكرار ، وهو مستعمل في العرف للتأكيد ، إلا أن في مسألة الطلاق لايصدق قضاء ، ويصدق ديانة ، لأن كلامه ظاهر في تكرار اليمين ، فإن نوى خلاف الظاهر ، صدق فيما بينه وبين الله تعالى [٢] .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٣١

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٠ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥٣ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤٤٦ وما بعدها .

المبحث الثالث

شروط اليمين

اشترط الحنفية شروطاً لصحة اليمين بالله تعالى ، وذلك بالنسبة للحالف والمحلوف عليه وركن اليمين [١] .

آ ـ **شروط الحالف** : يشترط في الحالف شرطان :

أولهما ـ أن يكون الحالف عاقلاً بالغاً: فلا يصح يمين الصبي والمجنون .

ثانيهما ـ أن يكون مسلماً : فلا يصح يمين الكافر ، لأن كفارة اليمين عبادة ، والكافر ليس من أهلها . والدليل على أن الكفارة عبادة : أنها لاتتأدى بدون النية، وكذا لاتسقط بأداء الغير عن الحانث ، وهذان حكمان مختصان بالعبادات ، إذ غير العبادة لاتشترط فيه النية ، ويسقط بأداء الغير مثل الديون ورد المغصوب ونحوها ، والكافر ليس من أهل العبادات ، فلا تجب بيمينه الكفارة .

وقال غير الحنفية [٢] : تصح اليمين من الكافر ، وتلزمه الكفارة سواء حنث في كفره ، أو بعد إسلامه ، بدليل أن عمر رضي الله عنه نذر

---

(١) البدائع : ٣ ص ١٠ ـ ١٥ ، فتح القدير : ٤ ص ٣ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٨

(٢) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٠ ، المغني : ٨ ص ٦٧٦ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ١٣٠ .

في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام ، فأمره النبي ﷺ بالوفاء بنذره[١]، ولأن الكافر من أهل اليمين بالله تعالى ، بدليل قوله تعالى : « فيقسمان بالله » .

وأما الحرية فليست بشرط فتصح يمين العبد ، وكفارته بالصوم حال رقه ، وكذا الطواعية والاختيار ليس شرطاً عند الحنفية والمالكية ، فتصح اليمين من المكره ، لأنها من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ، فلا يؤثر الإكراه في اليمين كالطلاق والنذر ونحوهما .

وقال الشافعية والحنابلة : يشترط أن يكون الحالف مختاراً ، فلا تنعقد يمين المكره ، لقوله ﷺ : « ليس على مقهور يمين » [٢] ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يصح ككلمة الكفر ، كما سبق بيان ذلك في أنواع اليمين .

ب — **شرط المحلوف عليه** : يشترط في المحلوف عليه عند أبي حنيفة ومحمد وزفر شرط واحد : وهو أن يكون متصور الوجود [٣] حقيقة عند الحلف ، وفي حال بقاء اليمين . وهو شرط انعقاد اليمين على أمر

---

(١) رواه أصحاب الكتب الستة عن ابن عمر أن عمر قال : « يارسول الله ، إني نذرت في الجاهلية أن أعتكف يوماً في المسجد الحرام ؟ قال : أوف بنذرك » وزاد البخاري في رواية : « فاعتكفْ ليلة » الفعل بصيغة الأمر (انظر جامع الأصول : ١٢ ص ١٨٥ ، الإلمام : ص ٣١٢ ، سبل السلام : ٤ ص ١١٥ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٩ ، نصب الراية : ٣ ص ٣٠٠)

(٢) حديث ضعيف ، وقد سبق تخريجه .

(٣) أي متصور البر والوفاء بمقتضى ما حلف عليه

في المستقبل ، وشرط لبقاء اليمين أيضاً ، فلا ينعقد اليمين على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ، ولا يبقى اذا صار بحال يستحيل وجوده .

وقال أبو يوسف : ليس هذا بشرط لانعقاد اليمين ولا لبقائها ، وإنما الشرط فقط أن تكون اليمين على أمر في المستقبل .

وقد اتفق أبو حنيفة وصاحباه على أن كون اليمين متصور الوجود عادة ليس بشرط لانعقاد اليمين . وقال زفر : هو شرط ، لاتنعقد اليمين بدونه .

ويتوضح الخلاف بالأمثلة التطبيقية على كل من الحالتين : المستحيل حقيقة ، والمستحيل عادة ، وقد ذكر بعضها في بحث أنواع اليمين .

أما أمثلة النوع الأول وهو المستحيل حقيقة فهي : لو قال إنسان : (**والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز**) فتبين أنه لا ماء فيه ، لاتنعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ، لعدم تحقق شرط انعقاد اليمين : وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه .

وعند أبي يوسف : تنعقد اليمين لوجود الشرط بحسب رأيه : وهو مجرد إضافة اليمين إلى المستقبل .

فإن كان الحالف يعلم أنه لا ماء في الكوز ، فهو من المستحيل عادة : تنعقد اليمين عند أئمة الحنفية الثلاثة ، وعند زفر : لا تنعقد . ويجري هذا الخلاف فيما لو وقّت اليمين ، فقال : « والله لأشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم » .

وإذا قال الحالف : (**والله لأقتلن فلاناً**) : مع أن فلاناً هذا ميت ، وهو لا يعلم بموته ، لا تنعقد اليمين عند أبي حنيفة ومحمد وزفر ، وعند أبي يوسف : تنعقد .

ويجري هذا الخلاف فيما إذا قال شخص : (**والله لأقضين دين فلان غداً**) فقضاه اليوم ، أو أبرأه صاحب الدين قبل مجيء الغد ، لايحنث في يمينه عند الطرفين وزفر . وعند أبي يوسف : يحنث .

وكذا إذا قال الزوج في اليمين بالطلاق : (**إن لم أشرب هذا الماء اليوم فامرأتي طالق**) ثم أهريق الماء قبل انقضاء اليوم : لايحنث عند الطرفين وزفر ، وعند أبي يوسف : يحنث .

وأما **أمثلة النوع الثاني** : وهو **المستحيل عادة** فهي : لو قال شخص : (**والله لأمسن السماء**) أو (**لأصعدن السماء**) أو (**لأحولن هذا الحجر ذهباً**) وحكمه أنه تنعقد اليمين عند أئمة الحنفية الثلاثة . وعند زفر : لا تنعقد .

الأدلة : استدل أبو يوسف على المستحيل حقيقة فقال : إن الحالف شرط لحنثه عدم تحقق فعل من الأفعال : وهو القتل أو شرب المـــاء مثلًا ، فإذا تحقق الشرط حنث ، كما في المستحيل عادة .

واستدل أبو حنيفة ومحمد وزفر : بأن اليمين تنعقد بقصد البر والوفاء بما حلف عليه ، والكفارة تجب لستر الذنب الذي حصل بعدم البر وهو الحنث ، فإذا لم يكن البر متصور الوجود حقيقة لا يتصور الحنث ، فلم يكن في انعقاد اليمين فائدة ، فلا تنعقد . وهذا بخلاف المستحيل عادة فإن البر متصور الوجود في نفسه حقيقة بأن يقدر الله تعالى الحالف على صعود السماء مثلا ، كما أقدر الملائكة والأنبياء عليهم السلام ، إلا أنـه عاجز عن ذلك عادة ، فيحنث للعجز عن تحقيق مقتضى يمينه في العادة .

واستدل زفر على عدم انعقاد اليمين في المستحيل عادة بقوله : المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة ، وبما أنه لا تنعقد اليمين في المستحيل حقيقة، فلا تنعقد في المستحيل عادة .

واستدل جمهور الحنفية على انعقاد اليمين في المستحيل عادة : بأن الذي

ينبغي مراعاته هو حقيقة الشيء والعادة فيه،فإذا قرنا انعقاد اليمين فقد اعتبرنا الحقيقة والعادة معاً ، وهو أولى من النظر إلى العادة فقط، وإهدار الحقيقة كما يرى زفر .

والخلاصة أن زفر سوّى في الحكم بين المستحيل حقيقة والمستحيل عادة وهو عدم انعقاداليمين ، وأن أبا يوسف سوّى في الحكم بين النوعين وهو انعقاد اليمين ، وأن أبا حنيفة ومحمد فرقا بين المستحيل حقيقة والمستحيل عادة ، فتنعقد اليمين في النوع الثاني دون الأول .

وقد وافق بقية أئمة المذاهب رأي جمهور الحنفية في المستحيل عادة . وأما في المستحيل عقلاً فقد اتفق الشافعي والقاضي من الحنابلة مع أبي يوسف في الرأي ، كما اتفق مالك وأبو الخطاب من الحنابلة مع أبي حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله جميعاً . وقد سبق ذكر ذلك كله .

جـ — **شرط ركن اليمين** : ركن اليمين بالله تعالى : هو اللفظ الذي يستعمل في اليمين بالله تعالى ، وهو مركب من المقسم عليه والمقسم به . وقد تكلمنا عن المقسم به تحت عنوان : صيغة اليمين .

اشترط جميع الفقهاء [١] في نفس ركن اليمين : أن يخلو عن الاستثناء [٢] : مثل : إن شاء الله تعالى ، أو إلا أن يشاء الله ، أو ما شاء الله ، أو إلا أن يبدو لي غير هذا ، أو إلا أن أرى غير هذا ، أو إلا أن أحب غير هذا ، أو قال : إن أعانني الله ، أو يسّر الله ، أو قال : بمعونة الله ، أو بتيسيره ، ونحو ذلك .

---

(١) راجع المغني لابن قدامة الحنبلي : ٨ ص ٧١٥ ، البدائع : ٣ ص ١٥ ، بداية المجتهد : ١ ص ٣٩٩

(٢) إذا قال الحالف مع يمينه: إن شاء الله ، فهذا يسمى استثناء ، روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « من حلف فقال : إن شاء الله فقد استثنى».

فإن قال الحالف شيئاً من ذلك متصلا مع لفظ اليمين، لم تنعقد اليمين. وإن فصل الاستثناء عن لفظ اليمين انعقدت. ودليل ذلك قول النبي ﷺ: « من حلف فقال : إن شاء الله ، لم يحنث »[1] وروى أبو داود « من حلف فاستثنى : فإن شاء رجع ، وإن شاء ترك »[2] فقول النبي عليه السلام « من حلف فاستثنى » يقضي كونه عقيبه لا منفصلا عنه .

---

(١) رواه الترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة ، وعند النسائي « من حلف على يمين ، فقال: إن شاء الله ، فقد استثنى » (راجع جامع الأصول : ١٢ ص ٢٩٨ ، نصب الراية : ٣ ص ٣٠٢)

(٢) رواه مالك والشافعي وأحمد وأصحاب السنن الأربعة وابن حبان والحاكم من حديث ابن عمر ، وفي لفظ « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، فقد استثنى » وفي رواية الترمذي « من حلف على يمين ، فقال : إن شاء الله ، فلا حنث عليه » ورواه الطبراني في الكبير عن ابن مسعود باللفظ الأول المذكور في الحاشية ، ورجاله رجال الصحيح إلا أن القاسم لم يدرك ابن مسعود (المرجعان السابقان ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٢ ، الإلمام : ص ٤٢٧ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢١٩ ، سبل السلام : ٤ ص ١٠٣)

المبحث الرابع

أحوال اليمين التي يحلف عليها فعلاً

يحلف الإنسان عادة على الأحوال المحيطة به من أكل وشرب ودخول وخروج وجلوس وركوب وسكنى ولبس وكلام وضرب ونحو ذلك قاصداً حث نفسه أو غيره على فعل الشيء أو المنع منه ، فإن خالف مقتضى يمينه حنث ووجبت عليه الكفارة . لهذا كان مناسباً أن نعنون لهذا المبحث بأحوال اليمين التي يكون الكلام عنها في أحد عشر مطلباً بحسب ما هو الأغلب وقوعه بين الناس .

وقبل البدء بالكلام عن هذه المطالب نحقق هذه المسألة الهامة التي اختلف فيها الفقهاء ، والتي يتوقف إصدار الحكم في أهم موضوعات هذه المطالب على معرفتها وهي :

هل الأيمان مبنية على العرف أو النية أو صيغة اللفظ ؟

قال الحنفية : الأيمان مبنية على العرف والعادة لا على المقاصد والنيات؛ لأن غرض الحالف : هو المعهود المتعارف عنده ، فيتقيد بغرضه .

وقال الشافعية : الأيمان مبنية على الحقيقة اللغوية أي بحسب صيغة اللفظ ، لأن الحقيقة أحق بالإرداة والقصد ، مثال ذلك : لو حلف إنسان أن لا يأكل رؤوساً ، فأكل رؤوس حيتان (مفرده : حوت) فمن راعى العرف : قال : لا يحنث ، ومن راعى دلالة اللغة قال : يحنث . وكذلك يحنث من حلف لا يأكل لحماً ، فأكل شحماً مراعاة لدلالة اللفظ ، وقال الآخرون : لا يحنث .

وقال مالك في المشهور من مذهبه : المعتبر في الأيمان التي لا يقضى[١] على حالفها بموجبها هو النية ، فإن عدمت فقرينة الحال ، فإن عدمت فعرف اللفظ ، فإن عدم فدلالة اللغة ، وقيل : لا يراعى إلا النية أو ظاهر اللفظ اللغوي فقط ، وقيل : يراعى النية وبساط الحال أي السبب الحامل على اليمين ، أو المقام وقرينة السياق في اصطلاح علم المعاني .

وأما الأيمان التي يقضى بها على صاحبها : ففي مجال الاستفتاء تراعى هذه الأشياء على هذا الترتيب ، وإن كان مما يقضى بها عليه لم يراع فيها إلا اللفظ إلا أن يؤيد ماادعاه من النية قرينة الحال أو العرف .

وقال الحنابلة : يرجع في الأيمان إلى النية أي نية الحالف ، فان نوى بيمينه مايحتمله اللفظ انصرفت يمينه إليه ، سواء أكان مانواه موافقاً لظاهر اللفظ ، أو مخالفاً له [٢] لقول النبي ﷺ : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء مانوى » [٣] .

---

(١) أي التي لا يصدر فيها حكم قضائي ، وإنما يترك شأنها للحالف بينه وبين الله تعالى ، وذلك في الأمور التي تكون علاقتها بنفس الإنسان أو بالله سبحانه . أما الأمور التي تتعلق بالناس فهذه مما يقضى فيها على الحالف .

(٢) انظر في هذا المبحث تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٦ وما بعدها ، البدائع : ٣ ص ٣٨ ، الفتاوى الهندية: ٢ ص ٦٣ ، الدر المختار : ٣ ص ٧٨ ، بداية المجتهد : ١ ص ٣٩٨ ، ٤٠٢ وما بعدها . الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٣٥ ، ١٣٩ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٣ ، المغني : ٨ ص ٧٦٣ وما بعدها

(٣) رواه البخاري ومسلم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ،وهو حديث متواتر عن ثلاثين صحابياً (شرح مسلم : ١٣ ص ٥٣ ، الأربعين النووية :ص١٦ ، النظم المتناثر من الحديث المتواتر للسيد جعفر الكتاني : ص ١٧)

المطلب الأول

الحلف على الدخول

نبدأ ببيان الأفعال أو الأحوال التي يحلف عليها فعلاً ، **وأ**ولها الدخول لمكان باعتباره من أهم الأسباب التي تثير المشاكل ، وتستدعي الحلول بعد تعقد الأيمان المحلوفة لمنع المرء نفسه أو غيره من الدخول الى مكان من الأمكنة .

معنى الدخول :

الدخول : هو الانتقال من خارج المكان إلى داخله . فان حلف إنسان **لايدخل هذه الدار وهو فيها** ، فمكث بعـــد يمينه : لايحنث استحساناً ، والقياس أن يحنث ، ووجه ذلك أن المداومة على الفعل هي بحكم إنشاء الفعل . ووجه الاستحسان : أن معنى الدخول المذكور وهو (الانتقال من خارج الشيء إلى داخله) لايتحقق ، لأن الدوام هو المكث ، والمكث استقرار في الشيء ، فيستحيل أن يكون انتقالاً .

ولو حلف **أن لايدخل داراً أو بيتاً أو مسجداً أو حماماً** ، فعلى أي وجه دخل : من الباب أو غيره ، حنث لوجود الدخول ، فان نزل على سطحها ، حنث ، لأن سطح الدار منها ، إذ الدار اسم لما تدور عليه الدائرة ، والدائرة أحاطت بالسطح . وكذا لو أقام على حائط من حيطانها ؛ لأن الحائط مما تدور عليه الدائرة ، فكان كسطحها ، وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة في أن سطح الدار منها ، وحكمه كحكمها .

وقال الشافعية : لايحنث بصعود سطح من خارج الدار ، لأنه لايسمى داخل الدار لغـة ولا عرفاً ، لأنه حاجز يقي الدار الحـر ، والبرد ، فهو كحيطانها .

ولو قام على ظلة الدار شارعة [١] أو كنيف شارع [٢] : فان كان مفتح ذلك إلى الدار يحنث ، لأنه ينسب إليها ، فيكون من جملة الدار وإلا فلا يحنث .

وإن قام على أُسكُفّة [٣] الباب : فان كان الباب إذا أغلق كانت الأسكفة خارجة عن الباب لم يحنث لأنه خارج ، وإن بقيت من داخل الدار حنث ، لأنه داخل لأن الباب يغلق على مافي داخل الدار ، لا على مافي الخارج .

ولو دخل دهليز [٤] الدار حنث ، لأنه من داخل الدار . ولو دخل ظلة باب الدار لايحنث ، لأنها اسم للخارج .

وإن أدخل الحالف إحدى رجليه في الدار ، ولم يدخل الأخرى لايحنث ، لأنه لم يوجد الدخول مطلقاً ، وهو الانتقال بكله ، وإنما دخل بعضه ، وكذا إذا أدخل رأسه دون قدميه [٥] .

---

(١) الظلة : كل ما أظلك من بناء أو جبل أو سحاب أي سترك وألقى ظله عليك من الحر والبرد . وقول الفقهاء : ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق باب الدار أي الساباط الذي يكون على باب الدار ، ولا يكون فوقه بناء . وكذلك إذا كان فوقه بناء إلا أن مفتحه إلى الطريق ، وهو المراد بقوله ظلة شارعة أي سقيفة تابعة للدار ، ولكنها فوق طريق يسير فيه الناس . والشارعة مؤنث الشارع . وإنما لم يحنث في الحالة الأولى : لأنه لاينطلق عليه اسم البيت ولعدم البيتوتة فيه . وفي الحالة الثانية : لايحنث لأنه ليس من جملة البيت المنسوب الى شخص .

(٢) الكنيف : هو الكنيسة التي تشرع فوق باب الدار

(٣) الأُسْكفّة - بضم أول والكاف وتشديد الفاء : وهي خشبة الباب التي يوطأ عليها .

(٤) الدهليز - بكسر الدال : مابين الباب والدار

(٥) انظر فيما ذكر البدائع : ٣ ص ٣٦ ، المبسوط : ٨ ص ١٦٨ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٦٤ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٧ ، فتح القدير : ٤ ص ٢٩ ، ٣٤ ، الدر المختار : ٣ ص ٨٠ . وانظر فيما ذكر من مذاهب غير الحنفية كتاب المغني : ٨ ص ٧٧٢ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٣٢ ، المهذب : ٢ ص ١٣٢

ولو حلف لايدخل داراً ، فدخل داراً بعد انهدامها ولا بناء عليها لايحنث . ولو عين المحلوف عليه ، فقال : (والله لا أدخل هذه الدار) فذهب بناؤها بعد يمينه ، ثم دخلها ، يحنث .

والفرق بين الصورتين : هو أنه إذا ذكر الحالف لفظ الدار منكَّراً ، فان النكرة تنصرف إلى المتعارف ، وهي الدار المبنية ، فما لم يوجد البناء وهو وصف الدار لايحنث ، وأما إذا قال (هذه الدار) فهو إشارة إلى الشيء المعين الحاضر ، فيراعى ذات المعين ، لاصفته ، لأن الوصف للتعريف ، والاشارة كافية للتعريف ، وذات الدار قائمة بعد الانهدام ، لأن الدار في اللغة اسم للعَرْصة يقال : دار عامرة ودار غير عامرة ، وقد شهدت أشعار العرب بذلك ، والعرصة قائمة بعد انهدام الدار . ولو أعيد البناء فدخلها يحنث سواء ذكر الدار منكراً أومعيناً [١] .

وقال الشافعية : إن حلف لايدخل هذه الدار فانهدمت ، وصارت ساحة ، أو جعلت حانوتاً أو بستاناً ، فدخلها ، لم يحنث ، لأنه زال عنها اسم الدار . ثم إن أعيدت بغير تلك الآلة أي بأدوات بناء جديدة من حجارة وإسمنت ونحوها لم يحنث بدخولها ، لأنها غير تلك الدار . وإن أعيدت بآلتها الأولى ففيه وجهان : أحدهما وهو الأصح يحنث ، والآخر : لايحنث [٢] .

الحلف على عدم دخول مسجد : ولو قال : « لاأدخل هذا المسجد » فهدم فصار صحراء ثم دخله ، فإنه يحنث لأنه مسجد ، وإن لم يكن مبنياً . وإذا دخل سطح المسجد يحنث ، لأنه مسجد .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٣٧ ، المختار : ٣ ص ٨١ ، فتح القدير : ٤ ص ٣٠ – ٣٢ قال الشاعر : الدار دار وإن زالت حوائطها والبيت ليس ببيت بعد تهديم

(٢) المهذب : ٢ ص ١٣٢ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٣٢ . ومذهب المالكية في هذا كالشافعية (انظر الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٥٨) .

الحلف على عدم دخول بيت : ولو حلف لايدخل بيتاً أو هذا البيت ، فدخله بعد ما انهدم ولا بناء فيه ، لايحنث ، لأن البيت اسم لما يبات فيه ، ولا يبات إلا في البناء ، وكذلك لايطلق اسم البيت إلا على المبنى المسقف .

الحلف على عدم دخول الفسطاط : — لو حلف « لايدخل هذا الفسطاط » وهو مضروب في مكان ، فقلع وضرب في مكان آخر ، فدخله ، يحنث ، لأن اليمين يقع على عين الشيء ، والعين باقية لاتتبدل بنقلها من مكان إلى مكان .

عدم الجلوس إلى الحائط أو الأسطوانة : إذا حلف « لايجلس إلى هذا الحائط ، أو إلى هذه الأسطوانة » فهدما ، ثم بنيا بأنقاضها ، فجلس إليه : لايحنث ، لأن الشيء الجديد غير القديم ، فإن الحائط إذا هدم زال اسمه عنه ، وكذا الأسطوانة .

الحلف على القلم والمقص ونحوهما : إذا حلف « لايكتب بهذا القلم » فكسر القلم ، بحيث لم تبق صورته ، ثم براه ، فكتب به ، لم يحنث ، لأنه إذا كسر ، فقد زال عنه اسم القلم ، فبطلت اليمين .

وكذلك إذا حلف على مقص أو سكين أو سيف ، فكسر ، ثم أعيد ثانية : لايحنث ؛ لأن اسم الشيء قد زال بالكسر .

ولو نزع الحالف مسمار المقص ونصاب السكين وجعل مكانه مسماراً آخر ، أو نصاباً آخر : يحنث ؛ لأن اسم الشيء لم يزل عنه ، وإنما تغير وصف التركيب .

الحلف على عدم دخول الدار ثم جعلها شيئاً آخر : لو حلف « لايدخل هذه الدار » فجعلها بستاناً أو حماماً أو مسجداً : لايحنث ؛ لأنها صارت شيئاً آخر من حيث الانتفاع بها والغرض من استعمالها [١] .

وإن حلف **« لايدخل بيتاً » فدخل مسجداً أو بيعة أو كنيسة أو**

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧١ ، البدائع ، المرجع السابق .

بيت نار [١] ، أو دخل الكعبة ، أو حماماً أو دهليزاً أو ظلة باب دار : لم يحنث ، لأن البيت ما أعدّ للبيتوتة ، وهذه البقاع مابنيت لها ، ولأن هذه الأشياء لاتسمى بيتاً في العرف والعادة ، ومن المعلوم عند الحنفية أن الأيمان مبنية على العرف . وكذلك لايحنث إن دخل صُفّة [٢] في عرفنا الحاضر ، لأن الصُفّة لاتسمى بيتاً في العرف والعادة [٣] .

وهذا هو الحكم المقرر أيضاً عند الشافعية ؛ لأن هذه الأشياء لاتدخل في إطلاق اسم البيت ، ولأن البيت اسم لما جعل للايواء والسكنى ، وهذه الأشياء لم تجعل لذلك [٤] .

الحلف على عدم دخول باب الدار : لو حلف لايدخل من باب هذه الدار ، فدخلها من غير الباب ، لم يحنث ، لعدم الشرط وهو الدخول من الباب . ولو جعل للدار باب آخر ، فدخل منه يحنث ، لأن الحلف على باب منسوب إليها ، فيستوي القديم والحادث إلا إن عين ذلك الباب في حلفه ، ولو نواه ولم يعينه في حلفه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن لفظه يحتمله ، ولا يدين في القضاء ، لأنه خلاف الظاهر ، حيث أراد بالمطلق المقيد .

ولو حلف لايدخل من باب الدار : فمن أي باب دخل حنث إلا إذا

---

(١) البيعة بكسر الباء : معبد النصارى ، والكنيسة : معبد اليهود ، وبيت النار : معبد المجوس .

(٢) الصفّة : موضع مظلل وهو بيت صيفي يكون مسقوفاً بجريد النخل ونحوه. وصفة المسجد : مقعد بالقرب منه مظلل

(٣) المبسوط ، المرجع السابق : ص ١٦٩ ،الفتاوى الهندية : ٢ ص ٦٣ ، البدائع ، المرجع السابق : ص ٣٨، فتح القدير : ٤ ص ٢٩ ، ٣٢ ،تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٧ ، الدر المختار : ٣ ص ٨٠

(٤) المهذب : ٢ ص ١٣٢، مغني المحتاج: ٤ ص ٣٣٢ ، ٣٣٤ .

أراد به الباب المعروف ، فيدين فيما بينه وبين الله تعالى ، دون القضاء[١] .

الحلف على عدم دخول دار فلان : وإن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً بين فلان وبين آخر ، فإن كان فلان ساكناً فيها بالإجارة حنث ، فإذا كان مالكاً بعضها حنث من باب أولى . وإن لم يكن ساكناً فيها لا يحنث ، لأن الدار مضافة إلى الشخصين إضافة ملك ، وكل الدار ليست مضافة إلى أحدهما ، لأن بعض الدار لا يسمى داراً ، وحينئذ لا يقال : إن الدار لفلان .

وهذا يفترق عما إذا حلف لا يزرع أرض فلان ، فزرع أرضاً بين فلان وشخص آخر ، فإنه يحنث ، لأن كل جزء من الأرض يسمى أرضاً ، وبعض الدار لا يسمى داراً كما أشرنا .

الحلف على عدم دخول بيت فلان : لو حلف شخص لا يدخل بيت فلان ، ولا نية له ، فدخل صحن داره ، وفلان ساكن فيها لا يحنث حتى يدخل البيت ، لأن البيت اسم لموضع يبات فيه عادة ، ولا يبات في صحن الدار عادة ، فإن نواه يصدق ؛ لأنه شدد على نفسه .

الحلف على عدم دخول الدار إلا مجتازاً : ولو حلف لا يدخل هذه الدار إلا مجتازاً أو عابر سبيل : فإن دخل وهو لا يريد الجلوس ، لا يحنث ؛ لأنه عقد يمينه على كل دخول ، واستثنى دخولاً بصفة الاجتياز ، وقد دخل على الصفة المستثناة .

فإن دخل يعود مريضاً ، ومن رأيه الجلوس عنده ، يحنث ؛ لأنه دخل لا على الصفة المستثناه .

وإن دخل لا يريد الجلوس ، ثم بدا له بعد ما دخل فجلس ، لا يحنث

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٣٨ ، فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٣٤ .

لأنه لم يحنث بدخوله ، والبقاء على الدخول ليس بدخول . وإن نوى بقوله : « لايدخلها إلا مجتازاً » النزول فيها والدوام : لا يحنث بالجلوس ، لأنه يقول : دخلت عابر سبيل : بمعنى أنه لم يدم على الدخول ولم يستقر [١] .

الحلف بالدخول على فلان : لو حلف إنسان لا يدخل على فلان ، فدخل عليه في بيته : فإن كان يقصده بالدخول حنث ، وإن لم يقصده لا يحنث ، وكذلك إذا دخل عليه في بيت رجل آخر ، ولم يقصده بالدخول ، لا يحنث . وإنما اعتبر القصد حتى يصير داخلاً عليه ، لأن الانسان إنما يحلف أن لا يدخل على غيره استخفافا به وتركاً لإكرامه عادة ، وهذا لا يكون إلا مع القصد .

وذكر الكرخي عن ابن سماعة في نوادره خلاف هذا ، فقال في رجل قال : « والله لا أدخل على فلان بيتاً » فدخل بيتاً على قوم ، وفيهم فلان ، ولم يعلم به الحالف ، فإنه حانث بدخوله ، فلم يعتبر القصد للدخول على فلان . ودليله أنه جعل شرط الحنث الدخول على فلان ، وقد وجد الشرط ، والعلم بشرط الحنث ليس بشرط في الحنث ، كمن حلف لا يكلم زيداً ، فكلمه وهو لا يعرف أنه زيد . ولكن ظاهر المذهب هو الرأي الأول .

ولو علم الحالف أن فلاناً في القوم ، فدخل ينوي الدخول على القوم لا عليه : لا يحنث فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه إذا قصد غيره لم يكن داخلاً عليه ، ولا يصدق قضاء ، لأن الظاهر دخوله على الجماعة وما في اعتقاده لا يعرفه القاضي .

---

(١) البدائع : ص ٣٩

فإن دخل عليه في مسجد أو ظلة أو سقيفة أو دهليزدار : لم يحنث لأن ذلك يقع على الدخول المعتاد ، وهو الذي يدخل الناس فيه بعضهم على بعض ، ولا يكون ذلك إلا في البيوت .

فإن دخل في فسطاط [١] أو خيمة أو بيت شعر : لم يحنث إلا أن يكون المحلوف عليه من أهل البادية ، لأنهم يسمون ذلك بيتاً ، والتعويل في هذا على العرف والعادة .

ولو دخل عليه في داره ، وفلان في بيت من الدار : لم يحنث ، لأنه ليس بدخول عليه . وإن كان في صحن الدار ، يحنث ؛ لأنه لا يكون داخلا عليه إذا شاهده .

وإن دخل عليه في المسجد أو الكعبة أو الحمام : لا يحنث ؛ لأن المقصود بهذه اليمين الامتناع من الدخول في المواضع التي يُكرَّم الناس بالدخول عليهم فيها ، وهذا لا يوجد في هذه المواطن .

ولو دخل الحالف داراً ليس فيها فلان ، فدخل فلان تلك الدار : لا يحنث ؛ لأنه ما دخل على فلان ، بل فلان دخل عليه ، فلا يحنث [٢] .

---

(١) الفسطاط : بيت من شعر

(٢) انظر في هذا البدائع : ٣ ص ٤١

المطلب الثاني

الحلف على الخروج

الخروج مقابل للدخول وهو : الانتقال من داخل الشيء إلى خارجه . فلا يكون المكث بعد الخروج خروجاً ، كما لا يكون المكث بعد الدخول دخولاً ، والخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت ، يكون من الأخبية والفساطيط والخيم والسفن لوجود تعريف الخروج ، وذلك كالدخول .

والخروج من الدور المسكونة : أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله ، كما إذا حلف لا يسكن فيها .

والخروج من القرى والبلدان : أن يخرج الحالف ببدنه خاصة .

وهذا مبني على العرف ، فإن من خرج من الدار ، وأهله ومتاعه فيها لا يعد خارجاً من الدار ، ومن خرج من البلد يعد خارجاً منها ، وإن كان أهله ومتاعه فيها (١) . وهذا هو مذهب الحنابلة أيضاً (٢) .

وقال الشافعية : يتحقق معنى الخروج بأن يخرج الحالف بنفسه بنية الانتقال ، لأنه المحلوف عليه ، ولا يضر بقاء أهله ومتاعه (٣) .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٤٢ ، فتح القدير : ٤ ص ٣٨ ، الدر المختار : ٣ ص ٨٥ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٦٩ ، ٧٣ .

(٢) المغني : ٨ ص ٧٧٠

(٣) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٩

ويترتب على مذهب الحنفية ما يأتي [١] :

الحلف على الخروج من البيت : لو قال رجل لامرأته : « إن خرجت من البيت فأنت طالق » فخرجت من البيت إلى صحن الدار ، حنث ؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه : وهو الانتقال من داخل الشيء الى خارجه ، ولأن البيت غير الدار ، لأن البيت اسم لمسقف واحد ، والدار اسم لمحدود يجمع البيوت والمنازل ، وبناء على هـذا إذا قال : « إن دخل فلان بيتك » فدخل صحن دارها ، دون بيتها ، لم يحنث .

والحكم في هذين المثالين مبني على عرف الذين كانوا في عصر المجتهدين أما في عرف المتأخرين فان اسم البيت يطلق على الدار والمنزل ، فيحنث في الثاني دون الأول .

الحلف على الخروج من الدار : وإن قال : « إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق » فخرجت من هذه الدار من أي باب كان ، ومن أي موضع كان : من فوق حائط ، أو سطح أو نقب : حنث ، لوجود شرط الحنث ، وهو الخروج من الدار .

الخروج من الباب : ولو قال : « إن خرجت من باب هذه الدار فأنت طالق » فخرجت من أي باب كان ، سواء من البـاب القديم أو من الباب الحادث بعد اليمين ، حنث في يمينه لوجود شرط الحنث : وهو الخروج من باب الدار . فلو خرجت من السطح أو من فوق حائط أو نقب : لا يحنث ، لأنه ليس بباب .

ولو عين باباً في يمينه فقال : « إن خرجت من هذا الباب » لايحنث مالم تخرج من ذلك الباب المعين . وإن خرجت من باب آخر ، لايحنث؛ لأنه قد يكون للتعيين فائدة أو غرض معين ، فيعتبر ذلك .

---

(١) انظر البدائع : ٣ ص٤٢ وما بعدها ، المبسوط : ٨ ص ١٧٣ وما بعدها .

الخروج لأمر معين : لو قال : « إن خرجت من هذه الدار الا في أمر كذا » فخرجت في ذلك الأمر مرة ، ثم خرجت لأمر آخر : يحنث ؛ لأنه حرم عليها جميع حالات الخروج إلا خروجا مقيداً بصفة معينة ، فإذا وجد منها الخروج المستثنى لا يحنث ، وإن وجد خروج آخر يحنث .

وان عنى بيمينه الخروج مرة يصح . وتكون « إلا » بمعنى « حتى » مجازاً ، كأنه قال : « إن خرجت من هذه الدار حتى تخرجي في أمر كذا » فإذا خرجت في ذلك الأمر يسقط اليمين ، لتحقق الغاية من اليمين ، ولكن هذا يثبت ديانة لا قضاء ، لأنه مخالف لحقيقة اللفظ .

الخروج مع فلان : لو قال : « إن خرجت من الدار مع فلان فأنت طالق » فخرجت وحدها أو مع غير فلان ، ثم خرج فلان ولحقها : لم يحنث ؛ لأن حرف « مع » للمصاحبة والقران ، فيقتضي مقارنتها في الخروج ، ولم يوجد ، لأن الدوام على الخروج ليس بخروج .

بعض الحالات المتعلقة بالخروج من الدار : لو قال : « إن خرجت من هذه الدار فأنت طالق » فدخلت في صحن الدار أو في بيت علو أو كنيف شارع [١] إلى الطريق العام ، فإنه لا يحنث ، لأن هذا لا يسمى خروجاً من الدار .

هل الدوام على الشيء بحكم ابتداء الشيء ؟ لو قال لها وهي خارجة من الدار : « **إذا خرجت من الدار فأنت طالق** » لا يحنث . وكذلك اذا كانت في الدار ، فقال : « إن دخلت هذه الدار ... الخ » لا يحنث ، ويقع اليمين على خروج ودخول مستأنف .

(١) أي السقيفة الممتدة خارج البيت إلى الشارع .

أما لو قال : « إن قمت أو قعدت أو لبست أو ركبت » وهي قائمة أو قاعدة أو لابسة أو راكبة ، فدامت على ذلك ساعة ، يحنث .

هذا هو مذهب الحنفية لأن الخروج معناه الانتقال من الداخل الى الخارج والدخول عكسه ، وهذا مما لا دوام له ، فلا يعتبر الدوام على الخروج خروجاً . أما الركوب ونظائره ففعل له دوام أي تتجدد أمثاله ، فيكون له حكم الابتداء . ودليل التفرقة أنه يقال : ركبت أمس واليوم، ولبست أمس واليوم ، ولا يقال : دخلت أمس واليوم الا لدخول مبتدأ جديد [١] .

وزعم الحنفية أن مذهب الشافعي يعتبر الدوام على الدخول والخروج له حكم ابتداء الفعل ، وهذا غير صحيح ، فإن نصوص المذهب الشافعي صريحة في أنه لو حلف إنسان أن لايدخل الدار وهو فيها ، أو لايخرج منها ، وهو خارج ، فلا حنث في الصورتين ، لأن الدخول هو الانفصال من خارج إلى داخل ، والخروج عكسه، ولم يوجد ذلك في الاستدامة ، فلهذا لايسمى دخولاً ولا خروجاً . أما الدوام على اللبس والركوب والقيام والقعود فله حكم الابتداء ، فلو استمر في هذه الأحوال حنث [٢] كما لاحظنا عند الحنفية .

ومثل الركوب : **الأكل والضرب** : فلو قال لها وهي في الأكل والضرب : « إذا أكلت أو ضربت ، فأنت طالق » فدامت على ذلك: يقع اليمين ؛ لأن كل جزء من هذا الفعل يسمى أكلًا وضرباً .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٣٦

(٢) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٣١

ومثل الدخول والخروج : « **الحيض والمرض** » : فلو قال رجل لامرأته وهي حائض أو مريضة :

« إن حضت أو مرضت ، فأنت طالق » فإن اليمين يقع على ما يستجد ويحدث من الحيض والمرض ، كما هو عرف الناس .

ولو نوى ما يحدث من الحيض في هذه المدة أو يزداد من المرض : يصح ؛ لأن الحيض ذو أجزاء ، يحدث حالاً فحالاً ، فتصح نيته .

ولو قال : « إن حضت غداً » وهو لا يعلم أنها حائض ، فإن اليمين يقع على الحيض المستجد الحادث . وإن كان يعلم أنها حائض ، فإن اليمين يقع على هذه الحيضة إذا دام الحيض منها إلى أن يطلع الفجر واستمر ثلاثة أيام ، لأنه لما علم أنها حائض وقد حلف ، فقد أراد استمرار الحيض ، وما لم يكن ثلاثة أيام لا يكون حيضاً .

الحلف على الخروج بدون إذن : — قد يحلف الرجل بطلاق امرأته إذا لم يأذن لها بالخروج ، وذلك بإحدى الصيغ الآتية :

١ — أن يقول : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا بإذني أو برضاي » ونحوه .

٢ — أن يقول : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو حتى أرضى » .

٣ — أن يقول : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار إلا أن آذن لك أو إلا أن أرضى » .

ونبدأ بالحالة الأولى وهي :

١ — أن يقول : « **إلا بإذني أو برضاي** » : إذا قال رجل لامرأته : « أنت طالق إن خرجت إلا بإذني أو بأمري أو برضائي أو بعلمي » أو قال : « إن خرجت من هذه الدار بغير إذني ، أو بغير أمري ،

أو بغير رضائي ، أو بغير علمي » ففي هذه الحالات كلها يحنث إن خرجت بغير إذنه ، ويشترط الإذن في كل مرة ، حتى لو أذن لها مرة فخرجت ، ثم عادت ، ثم خرجت بغير إذنه مرة أخرى ، حنث . وكذلك لو أذن لها مرة ، فقبل أن تخرج نهاها عن الخروج ، ثم خرجت بعد ذلك يحنث . وإن وجد خروج بإذن فهو خروج مستثنى من يمينه ، فلا يكون داخلًا تحت اليمين ، فلا يحنث .

والسبب في ذلك أنه جعل كل خروج شرطاً لوقوع الطلاق ، واستثنى خروجاً موصوفاً بصفة : وهو أن يكون الخروج مصحوباً بالإذن ، لأن الباء في اللغة للإلصاق ، مثل كتبت بالقلم أي أنه التصقت الكتابة بالقلم ، فكل خروج لا يكون بتلك الصفة ، كان داخلًا في اليمين ، وصار شرطاً للحنث . قال الله تعالى : « وما نتنزل إلا بأمر ربك » أي لا يوجد نزول إلا بهذه الصفة .

ونظيره : ما لو قال لامرأته : « إن خرجت إلا بملاءة ، أو بقناع أو إلا راكبة فأنت طالق » فإن وجد الخروج المستثنى لا يحنث ، وإن وجد لا على ذلك الوصف : يحنث ، لأن المستثنى غير داخل في اليمين ، وغير المستثنى داخل ، فيحنث ، لوجود الشرط .

فإن أراد بقوله : « إلا بإذني » مرة واحدة : تصح نيته ، ويعمل بمقتضى نيته ديانة فيما بينه وبين الله عز وجل. أما قضاءً فيعمل أيضاً بموجب ذلك عند أبي حنيفة ومحمد ، وفي رواية عن أبي يوسف . وقيل : لا يعمل بذلك قضاء ، لأنه نوى خلاف الظاهر ؛ لأن ظاهر هذا الكلام يقتضي تكرار الإذن في كل مرة كما بينا ، وهو الرأي الراجح الذي عليه الفتوى .

أما وجه قول الطرفين : فهو أن تكرار الاذن لم يثبت بظاهر اللفظ ، وإنما ثبت بإضمار الخروج ، فإذا نوى مرة واحدة ، فقد نوى ما يقتضيه ظاهر كلامه . والحقيقة أن ظاهر الكلام : هو تكرار الإذن . وأما اذا أريد باليمين الإذن مرة واحدة ، فهذا مما يحتمله الكلام فقط ؛ ولذا كان المعول عليه في الفتيا : هو رأي أبي يوسف ، فيصدق الحالف في أنه نوى مرة واحدة ديانة لا قضاء ، لأنه نوى التخفيف عن نفسه ، فلا يصدق في القضاء .

والحيلة في هذا اليمين المتطلب تكرار الإذن أن يقول الزوج لامرأته : « أذنت لك الدهر كله » أو « أذنت لك أبداً أو « كلما شئت الخروج فقد أذنت لك » فيثبت الإذن في كل مرة وجد فيها الخروج ، لأن كلمة « كلما » توجب التعميم والتكرار .

وكذلك لا يحنث إذا قـال الزوج : « أذنت لك عشرة أيام » فخرجت مراراً في مدة العشرة .

ولو أذن الزوج لامرأته في قوله : « الا بإذني » مرة واحدة ، ثم نهاها عن الخروج بعد صدور الإذن الخاص يصح نهيه ، حتى لو خرجت بعد ذلك بغير إذنه : يحنث في يمينه ؛ لأنه صح رجوعه عن الإذن ، واليمين باقية ، فجعل كأنه لم يأذن .

أما لو أذن الزوج لامرأته إذناً عاماً : ثم نهاها عن الخروج بعد ذلك نهياً عاماً عن جميع حالات الخروج ، فهل يؤثر هذا النهي أم لا ؟

قال محمد : يعمل بموجب النهي ، ويبطل إذنه الصادر منه بالخروج ، حتى إنها لو خرجت بعد ذلك بغير إذنه ، يحنث ، بدليل أنه لو أذن لها مرة ، ثم نهاها يصح نهيه ، فكذا إذا أذن لها في كل مرة ، وجب العمل بنهيه ، ويزول الإذن بالنهي .

وقال أبو يوسف : لا يؤثر نهيه في الإذن السابق ويظل ساري المفعول؛ لأن الإذن العام بالخروج يرفع اليمين ؛ لأنه بذلك ألغى شرط وقوع الطلاق : وهو الخروج بدون إذن ، فإذا وجد النهي العام عن الخروج فلا يؤثر ؛ لأنه لا يمين هناك . وهذا بخلاف الإذن الخاص بالخروج مرة واحدة ، فإنـــه لم ترتفع اليمين ، فجاء النهي عن الخروج واليمن باقية ، فصح النهي [١] .

٢ — **أن يقول : « حتى آذن لك »** : إذا قال رجل لامرأته : « أنت طالق إن خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو آمر ، أو أرضى أو أعلم » فيكفي الإذن مرة واحدة ، وتسقط اليمين ، حتى لو أذن لها مرة ، فخرجت ثم عادت ، ثم خرجت بغير إذن لا يحنث ، وكذا إذا أذن لها مرة ثم نهاها قبل أن تخرج ، ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث ، لأن كلمه « حتى » تفيد الغاية ، وهي بمعنى « إلى » وكلمة « الى » لانتهاء الغاية ، فينتهي اليمين بانتهاء ما بعد « حتى » فيصير وجود الإذن من الحالف غاية لمنع الخروج ، فلا تبقى اليمين بعد وجود الغاية . فإذا حدث خروج بعد ذلك ، لا يحنث إذ لايمين هناك ، لأن اليمين سقطت بالإذن ، فلا يعتبر النهي بعد ذلك . أما قبل الإذن فاليمين باقية فيحنث بالخروج .

ولو نوى بقوله : « حتى آذن لك » حصول الإذن في كل مرة: يصدق ديانة وقضاء ، لأنه نوى التشديد على نفسه [٢] .

٣ — **أن يقول : « إلا أن آذن لك »** : اذا قال رجل لامرأته :

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧٣ ، البدائع : ٣ص ٤٣ ومابعدها، فتح القدير : ٤ ص ٠٤، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٢، الدر المختار : ٣ ص ٨٩ وما بعدها .

(٢) انظر المراجع السابقة .

«أنت طالق إن خرجت من هذه الدار الا أن آذن لك ، أو آمر أو أعلم ، أو أرضى » فهذا بمنزلة قوله : « حتى آذن » عند عامة العلماء . فلو أذن لها مرة واحدة ، فخرجت ، ثم خرجت بعد ذلك بغير اذنه لم يحنث ، لأن هذه كلمة تفيد مغنى الغاية ، فتنتهي اليمين بـه ، كما اذا قال : « حتى آذن لك » .

والسبب في أن كلمة « إلا أن » تفيد معنى الغاية ، مع أنها من حروف الاستثناء : هو أن صدر الكلام الذي قبل أداة الاستثناء ليس من جنس الإذن ، حتى يستثنى الإذن منه ، فيجعل مجازاً عن كلمة « حتى » لمناسبة بينهما : وهو أن حكم ما قبل الغاية مخالف لما بعدها ، كما أن حكم ما قبل الاستثناء يخالف ما بعده .

وقال الفراء من علماء النحو : قول القائل : « إلا أن آذن لـك » مثل قوله :« إلا باذني » يتطلب تكرار الإذن في كل مرة من مرات الخروج ، لأن المعنى إلا خروجاً بإذني ، لأن « أن » والفعل المضارع بعدها في تأويل المصدر ، فصار تقدير الكلام : « إن خرجت من الدار إلا خروجاً إذني » وهذا كلام غير مستقيم ، فلزم تقدير الباء ، فيصير « إلا خروجاً باذني » وإسقاط الباء في اللفظ مع ثبوتها في التقدير أمر جائز في اللغة ، كما روي عن رؤبة بن العجاج أنه قيل له : كيف أصبحت ? فقال : « خير ، عافاك الله » أي بخير . وكذا يحذفون الباء في القسم ، فيقولون : « اللهِ » مكان قولهم : « بالله » وإذا كان حذف الباء جائزاً قدرت في الكلام لضرورة تصحيحه ، والدليل عليه قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنو لاتدخلو بيوت النبي إلا أن يؤذن لـكم » أي إلا باذن لـكم يتكرر بتكرار الدخول في كل مرة .

ورد الحنفية بأن تصحيح الكلام بجعل « إلا » بمعنى « حتى » و « إلى » أولى من تصحيح الكلام بالتقدير الذي قاله الفراء ، لأن التصحيح بجعل كلمة قائمة مقام أخرى أولى من التصحيح بطريق الاضمار والتقدير ، لأن الأول تغيير بتصرف الوصف ، والاضمار إثبات أصل الكلام ، ولاشك أن التصرف في الوصف بالتغيير والتبديل أولى من إثبات أصل الكلام . وأما قوله عز وجل : « إلا أن يؤذن لكم » فانه اقتضى تكرار الاذن في كل مرة لابمقتضى اللفظ ، بل بدليل آخر : وهو أن دخول دار الغير بغير إذنه حرام ، ولأن الله تعالى قال : « إن ذلكم كان يؤذي النبي » ومعنى الأذى موجود في كل ساعة ، فشُرط الاذن في كل مرة[1] .

تعليق الخروج باذن فلان : لو قال الرجل لامرأته : « إن خرجت إلا باذن فلان » فمات فلان قبل الاذن ، بطلت اليمين عند أبي حنيفة ومحمد رحمها الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : اليمين باقية ، حتى لو خرجت بعد ذلك يحنث . وهذا الخلاف مفرع على اختلافهم فيمن حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز ، ولا ماء فيه . فعند الطرفين : لاتنعقد اليمين ، لأن تصور البر شرط لانعقاد اليمين ولبقائها في المستقبل عندهما . وعند أبي يوسف : تنعقد اليمين ، لأنه لايشترط هذا الشرط عنده ، وإنما يكفي أن تكون اليمين على أمر في المستقبل .

الاذن بالخروج دون أن تسمع المرأة : إن أذن الرجل لامرأته المحلوف عليها بالخروج من حيث لاتسمع عادة ، فخرجت ، بغير الاذن : يحنث عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن الاذن اعلام ، قال الله تعالى : « وأذان من الله ورسوله » أي اعلام ، والاذن بحيث لاتسمع لايكون إعلاماً ،

(١) المراجع السابقة .

فلا يكون اذناً ، فلم يوجد خروج مأذون فيه ، فيحنث ، ولأنه حرم عليها الخروج إلا خروجاً مأذوناً فيه مطلقاً بحيث يأذن وتسمع ، والخروج الذي حصل مأذون فيه من جهة واحدة ، فلم يكن هذا خروجاً مستثنى فبقي داخلًا تحت الحرمة .

وقال أبو يوسف : لايحنث لأن شرط الحنث وجود خروج غير مأذون فيه مطلقاً ، والخروج الذي حصل مأذون فيه من وجه لوجود كلام الاذن فلم يوجد شرط الحنث ، فلا يحنث بالشك .

الحلف مقيد ببقاء الولاية : اذا حلف رجل على زوجته أن لاتخرج من الدار ، أو سلطان حلف رجلا أن لايخرج من بلدة إلا باذنه ، ثم بانت المرأة من الزوج ، أو عزل السلطان عن عمله ، ثم خرجت المرأة والرجل بغير إذن : لم يحنث الحالف ، وسقطت اليمين ، لأن اليمين تقع على الحال التي يملك الحالف فيها الاذن : وهي بقاء الولاية ، فاذا زالت الولاية زالت اليمين . وتنطبق هذه القاعدة على ماإذا حلّف الدائن مدينه أن لايخرج من بلدة الا باذنه ، فاليمين مقيدة بحال قيام الدين ، فان خرج وعليه دين : يحنث . وان خرج بعد أداء الدين أو إبراء المدين منه : لايحنث ، لأن اليمين سقطت ، وانما تتقيد اليمين ببقاء الدين . وهذا من تطبيقات يمين الفور التي تتقيد بدلالة الحال . ويترتب على ذلك أنه ان عاد ذلك الدين أو غيره على المدين لم تعد اليمين [1] .

والخلاصة أن مذهب الحنفية يشترط تكرار الاذن في كل خروج في قول الحالف : « إلا باذني » . أما قوله : « حتى آذن » أو « الا أن آذن » فلا يقتضي تكرار الاذن ، وانما يكفي الاذن مرة واحدة ، ثم يسقط اليمين .

(١) انظر في هذه القضايا الثلاث : البدائع : ٣ ص ٤٥ - ٤٦

مذاهب غير الحنفيه في هذه الألفاظ : قال المالكية والشافعية : يكفي اذن واحد بالخروج في هذه الصور الثلاث : « الا باذني » و « حتى آذن ذلك » و « الا أن آذن لك » .

فاذا أذن الحالف مرة واحدة تنحل اليمين، ولا يحنث بخروجها بعد ذلك ، لأن اليمين تعلقت بخروج واحد بحرف لايقتضي التكرار ، واذا خرجت بغير اذن حنث . وان خرجت باذن بر في يمينه ، لأن البر يتعلق بما يتعلق به الحنث .

وقال الحنابلة : لابد من تكرار الاذن في كل حالة من حالات الخروج في الصور الثلاث السابقة ، لأن الحالف علق الطلاق بشرط، فاذا وجد الشرط وقع الطلاق ، وتنحل اليمين ان حنث مرة واحدة [1]

---

(١) انظر المغني : ٨ ص ٧٩٦ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٤٨، ١٥٧ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ١٣٢

المطلب الثالث

الحلف على الكلام

لابد من وقوع الكلام من الانسان ، لأنـه يحتاج الى ايصال مافي نفسه الى غيره للوصول الى مقاصده وأغراضه . وللكلام أهميته في التوفيق أو التنازع بين اثنين ، ويحتاج المرء في الغالب الى القسم لحمل نفسه أو غيره على التكلم أو الامتناع من التكلم . وسنذكر أهم حالات الحلف على الكلام : وهو اما أن يكون مطلقاً أو مؤقتاً .

أما المطلق : فهو أن يحلف أن لايكلم فلاناً ، فيقـع على الأبد ، حتى لو كلمه في أي وقت وفي أي مكان وعلى أي حال ، حنث .ومن حالاته مايأتي :

الحلف على عدم تكليم فلان : لو حلف شخص على أن لايكلم فلاناً فناداه من مكان بعيد : فان كان فلان هذا في موضع بحيث يسمع مثله لو أصغى اليه أذنه ، فانه يحنث ، وان لم يسمعه . وان كان في موضع لايسمـع في مثله عادة بسبب بعد المسافة ، فانـه لايحنث . وكذا اذا كان المخاطب أصم بحيث لو أصغى اليه أذنه لايسمـع : لايحنث .

والسبب : هو أن تكليم فلان : عبارة عن اسماع كلامه اياه ، الا أن الاسماع أمر باطن خفي ، فأقيم السبب الظاهر المؤدي اليه مقامه ، وهو امكان السماع في الموضوع القريب .

ولو حلف أن لايكلم فلاناً ، فكلمه وهو نائم فأيقظة : حنث؛ لأنه

كلمه وأسمعه ، ولو لم يوقظه لم يحنث ، وهو المختار عند عامة مشايخ الحنفية خلافاً لما ذكر القدوري من أنه إذا كان بحيث يسمع لو لم يكن نائماً يحنث ، لأنه قد كلمه ووصل الى سمعه إلا أنه لم يفهم لنومه ، فصار كما إذا ناداه وهو في مكان بحيث يسمع إلا أنه لم يفهم لاشتغاله بأمر آخر . ورأي عامة المشايخ هو الأرجح ، لأنه إذا لم يوقظه كان كما إذا ناداه من بعيد ، وهو بحيث لايسمع صوته ، ولأن الإنسان لايعد مكلماً للنائم إذا لم يتيقظ بكلامه ، كما لايعد متكلماً مع الغائب .

ولو مر الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه ، فسلم عليهم : حنث لأنه كلمه وكلم غيره بالسلام ، فإن قصد بالسلام الجماعة دونه لم يحنث وتصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لأنه نوى تخصيص كلامه ، واطلاق الكل وارادة البعض جائز ، ولكن لايقبل منه هذا الادعاء قضاء ، لأنه خلاف الظاهر من كلامه [١] .

ولو سلم في الصلاة والمحلوف عليه معه في الصلاة : فإما أن يكون الحالف إماماً أو مقتدياً :

١ — فإن كان الحالف إماماً ينظر : إن كان المحلوف عليه خلفه ، فسلم ، لم يحنث بالتسليمة الأولى . وإن كان على يمينه : لايحنث أيضاً ، لأن التسليمة الأولى كلام في الصلاة ، لأن المصلي يخرج بها عن الصلاة ، فلا تكون من كلام الناس ، بدليل أنها لاتفسد الصلاة .

وإن كان على شماله فقد اختلف المشايخ فيه : فقال بعضهم : يحنث وقال بعضهم : لايحنث .

---

(١) انظر البدائع : ٣ ص ٤٧ وما بعدها ، الفتاوى الهندية: ٢ ص ٨٩ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٦ ، فتح القدير : ٤ ص ٦٣ ، الدر المختار : ٣ ص ١١٢ .

٢ — وإن كان الحالف مقتدياً : فكذلك لايحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن المقتدي لايصير خارجاً عن الصلاة بسلام الإمام عندهما .

وقال محمد : يحنث لأن المقتدي يصير خارجاً عن صلاته بسلام الامام عنده ، فقد تكلم كلاماً خارج الصلاة مع فلان ، فيحنث .

ولو حلف لايكلم فلاناً ، فكتب إليه كتاباً ، فانتهى الكتاب إليه ، أو أرسل إليه رسولاً ، فبلغ الرسالة إليه ، أو أشار إليه بالاصبع : لايحنث ، لأن هذا ليس بكلام [١] .

الحلف على عدم التكلم : — ومن حلف لايتكلم اليوم ، فقرأ القرآن ، أو صلى ، أو سبح : لم يحنث استحساناً ، ومثل ذلك التهليل والتكبير ، وهذا يتناول القراءة والتسبيح في الصلاة وخارجها ، لأن هذا لايسمى كلاماً عرفاً ، أما في الصلاة فليس بكلام عرفاً ولا شرعاً قال عليه الصلاة والسلام :

« إن صلاتنا هذه لايصلح فيها شيء من كلام الناس ، وانما هي التهليل والتسبيح وقراءة القرآن » [٢] وقوله ﷺ : « ان الله تعالى يحدث من أمره مايشاء ، وان مما أحدث أن لاتتكلم في الصلاة » [٣] ، ولأن الكلام مفسد ، ولو كانت هذه الأشياء من كلام الناس لأفسدت .

وأما في غير الصلاة فلا يحنث ، لأنه لايسمى متكلماً في عرفنا المتأخر بل قارئاً ومسبحاً ، ومبنى الأيمان على العرف [٤] .

---

(١) البدائع المرجع السابق : ص ٤٨ ، تبيين الحقائق ، المرجع السابق .

(٢) رواه أحمد ومسلم والنسائي وأبو داود وابن حبان والبيهقي والطبراني عن معاوية ابن الحكم السُلمي (نصب الراية : ٢ ص ٦٦ ، نيل الأوطار : ٢ ص ٣١٥)

(٣) رواه أحمد والنسائي وأبو داود وابن حبان في صحيحه عن ابن مسعود (انظر نيل الأوطار ، المرجع السابق : ص ٣١٤)

(٤) البدائع : ٣ ص ٤٨ ، فتح القدير : ٤ ص ٦٥ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٧ ، الدر المختار : ص ٣ ١١٤

وهذا هو مذهب الشافعية خلافاً لما زعم الحنفية من أن مذهب الشافعي مخالف لهم ، فإنهم قالوا : لو حلف لايتكلم فسبح الله تعالى أو حمده أو هلله أو كبره أو دعا أو قرأ قرآناً في الصلاة أو خارجها ، ولو كان عليه حدث أكبر ، فلا حنث بذلك ، لانصراف الكلام الى كلام الآدميين في محاوراتهم [1] .

وأما الحلف على الكلام مؤقتاً ، فهو نوعان : معين ومبهم .

أما المعين : فنحو أن يحلف الرجل بالليل : **لايكلم فلاناً يوماً** ، فيحنث بكلامه من وقت الحلف الى أن تغيب الشمس من الغد ، فيدخل في يمينه بقية الليل . وكذلك لو حلف بالنهار لايكلمه ليلة : انه يحنث بكلامه من حين حلف الى طلوع الفجر . ولو حلف في بعض النهار لايكلمه يوماً فاليمين على بقية اليوم والليلةالمستقبلة الى مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد .

فإن قال في بعض اليوم : **والله لأكلمك اليوم** ، فاليمين على باقي اليوم ، فاذا غربت الشمس سقطت اليمين . وكذلك اذا قال بالليل : والله لأكلمك الليلة ، فإذا طلع الفجر ، سقطت اليمين .

ولو حلف لايكلمه شهراً : يقع على ثلاثين يوماً تبتدىء من حين الحلف . ولو قال : الشهر : يقع على بقية الشهر ، ولو حلف لايكلمه السنة يقع على بقية السنة .

ولو قال : **والله لأكلمك يوماً ولا يومين** ، فهو مثل قوله : والله لأكلمك ثلاثة أيام في قول أبي حنيفة ومحمد ، وفي رواية عن أبي يوسف. وذكر محمد في الجامع الصغير أنه يقع على يومين . ودليله : أن كل

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٤٥

واحد منها يمين منفردة ، فصار لكل يمين مدة على حدة ، وبذلك أصبح على اليوم الأول يمينان ، وعلى اليوم الثاني يمين واحدة .

ودليل الرأي الأول : أن الحالف عطف اليومين على اليوم ، والمعطوف غير المعطوف عليه ، فاقتضى يومين آخرين غير الأول (١) .

وأما المبهم : فنحو أن يحلف أن لايكلم **فلاناً زمناً أو حيناً أو الزمان أو الحين** : فإنه يقع على ستة أشهر ، لأن الحين يستعمل ، ويراد به الوقت القصير ، قال الله تعالى : « فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون » وقد يراد به الوقت الطويل ، وهو أربعون سنة ،قال تعالى : « هل أتى على الانسان حين من الدهر » وقد يراد به الوقت الوسط : وهو ستة أشهر ، قال تعالى : « تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها » قيل : أي ستة أشهر ، فحمل على الوسط ، لأنا لانعلم أنه يريد القليل أو الكثير .

ولو قال : « **لا أكلمه دهراً أو الدهر** » فقال أبو حنيفة : إن كانت له نية فهو على مانوى ، وإن لم تكن له نية ، فلا أدري ماالدهر .

وقال الصاحبان : إذا قال : دهراً أي (منكَّراً) فهو ستة أشهر ، وإذا قال : الدهر أي (معرفاً) فهو على الأبد .

وقال بعض مشايخ الحنفية : لاخلاف في الدهر أنه الأبد ، وإنما قال أبو حنيفة : « لا أدري ما الدهر » إذا قال : « دهراً » (٢) .

ولو قال : « **والله لا أكلمك الجمعة** » فله أن يكلمه في غير يوم الجمعة ، لأن الجمعة اسم ليوم مخصوص . وكذلك لو قال : (جمعاً)

---

(١) البدائع ، المرجع السابق: ص ٤٨ وما بعدها ،تبيين الحقائق ، المرجع السابق.

(٢) البدائع : ٣ ص ٥٠ ، فتح القدير : ٤ ص ٧٢

له أن يكلمه في غير يوم الجمعة ، لأن الجُمَع جمع جمعة وهي يوم الجمعة فلا يتناول غيره ، بخلاف ماإذا قال : « لا أكلمه أياماً » : إنه يدخل فيه الليالي .

ثم إذا قال « **والله لا أكلمك جمعاً** » فهو على ثلاث جمع ، لأن أقل الجمع الصحيح ثلاثة ، فيحمل عليه . وإذا قال : « الجمع » يقع اليمين على عشر جمع عندأبي‌حنيفة ، **وكذلك الأيام والأزمنة والأحايين والشهور والسنين** : يقع اليمين على عشرة أيام ، وعشرة أحايين أو أزمنة وعشرة أشهر وعشر سنين، لأن أكثر ماتناوله اسم الأيام ونحوه : هو عشرة ، لأن بعد ذلك لايقال : أيام ، بل يقال : أحد عشر يوماً ، ومائة يوم ، وألف يوم .

وقال الصاحبان : في الجُمَع والسنين يقع على الأبـــد ، وكذا في الأحايين والأزمنة ، وفي الأيام يقع على سبعة ، وفي الشهور على اثني عشر ،وذلك‌لأن الأصل عندهما فيما دخل عليه حرف التعريف‌وهو(اللام) من أسماء الجمع : أن ينظر إن كان هناك معهود ينصرف إليه كالسبعة في الأيام بحسب أيام الاسبوع ، والاثني عشر في الشهور ، وإن لم يكن هناك معهود ينصرف إلى جميع الجنس ، فيستغرق العمر كالسنين والأحايين والأزمنة .

أما الأصل عند أبي حنيفة فهو كما لاحظنا : أن ينصرف ذلك إلى أقصى مايطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد : وذلك عشرة [١] .

ولو حلف « **لايكلمه أياماً** » فهو على ثلاثة أيام وهو الصحيح ، لأنه ذكر لفظ الجمع منكراً ، فيقع على أدنى الجمع الصحيح : وهو ثلاثة . وفي رواية : يقع على العشرة أيام عند أبي حنيفة ، وعند الصاحبين : على سبعة .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٥١ ، فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٧٥

ولو قال : « **لا أكلمك سنين** » فهو على ثلاث سنين باتفاق الحنفية ، لما ذكرنا أن أقل الجمع ثلاثة ، فيحمل عليه [١] .

والخلاصة أن أبا حنيفة وصاحبيه يقولون في الجمع المنكر : إنه يقع على أقل الجمع وهو ثلاثة ، أما في الجمع المعرف : فالأصل عند أبي حنيفة : أن يقع على أقصى مايطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد وهو العشرة . والأصل عند الصاحبين : أن يقع على المعهود ان كان هناك معهود ، والا فيقع على جميع الجنس .

ولو حلف « **لايكلمه العمر** » فهو على جميع العمر اذا لم تكن له نية . ولو قال : عمراً : فعن أبي يوسف روايتان : في رواية وهي الأظهر : يقع على ستة أشهر كالحين . وفي رواية يقع على يوم .

ولو حلف « **لايكلم فلاناً أياماً كثيرة** » : فهو على عشرة أيام عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : يقع على سبعة أيام .

ولو حلف « **لايكلمه إلى بعيد** » يقع على شهر فصاعداً .

ولو حلف « **لايكلمه إلى قريب** » فهو على أقل من شهر .

ولو حلف « **لايكلمه عاجلاً أو آجلاً** » فالعاجل : يقع على أقل من شهر ، لأن الشهر في حكم الكثير ، لأنه يجعل آجلاً في الديون ، فكان بعيداً . والآجل : يقع على الشهر فصاعداً .

ولو حلف « **لايكلمه ملياً** » يقع على شهر كالبعيد .

ولو حلف « **أن لايكلمه الشتاء** » فأول ذلك اذا لبس الناس الألبسة الشتوية ، وآخر ذلك اذا ألقوها بحسب البلد الذي حلف فيه ، والصيف على ضده : وهو من حين خلع الألبسة الشتوية الي لبسها . والخريف والربيع معروفان بحسب المعروف في اللغة [٢] .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٥٢ ، فتح القدير : ٤ ص ٧٣

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

المطلب الرابع

الحلف على الأكل والشرب و لذوق ونحوها

الأكل : – هو إيصال مايتأتى فيه المضغ بفمه الى جوفه ، مضغه أو لم يمضغه ، كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها .

والشرب : – هو إيصال مالايتأتى فيه المضغ الى جوفه، مثل كل المائعات من الماء والنبيذ واللبن والعسل الممزوج بالماء ونحو ذلك (١) .

والذوق : – هو ايصال المذوق الى الفم ابتلعه أو لا ، بعد أن وجد طعمه ، لأن الذوق أحد الحواس الخمس التي تعلم بهـــا الأشياء ، ولذا يتحقق العلم بالطعم سواء ابتلع الشيء المذاق أو مجه ، فكل أكل فيه ذوق ، وليس كل ذوق أكلاً .

الحلف على الذوق : – بناء على ذلك : اذا حلف لايأكل ولايشرب فذاق ، لم يحنث . واذا حلف لايذوق طعاماً أو شراباً ، فأدخله في فمه وعرف طعمه ، حنث لحصول الذوق ، وتحقق معناه الذي ذكرناه .

ولو حلف لايذوق شيئاً وعنى به أكله وشربه : فإنه تصح نيته ويصدق ديانة بينه وبين الله عز وجـــل ، ولا يصدق قضاء ، ولايحنث بالذوق ، لأنه قد يراد بالذوق : الأكل والشرب في عرف الناس ، يقول الرجل : ماذقت اليوم شيئاً ، وما ذقت إلا الماء – يريد به الأكل والشرب .

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧٥ ، البدائع : ٣ ص ٥٦ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٤ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٤ ، الدر المختار : ٣ ص ٩٤ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٧٥ .

وأما السبب في أنه يصدق ديانة ، فلأنه نوى مايحتمله كلامه ، ولا يصدق قضاء لعدوله عن ظاهر الكلام الى معنى آخر .

ولو حلف لايذوق ماء : فتمضمض في الوضوء : لايحنث في يمينه ، وان حصل له العلم بطعم الماء ، لأن ذلك لايسمى ذوقاً عرفاً وعادة ، لأن قصده التطهر لامعرفة طعم المذوق [١] .

الحلف على الأكل :

١ — **لو حلف لايأكل الرمان أو العنب** ، فمصه ورمى تفله وبلع ماءه ، لايحنث في الأكل ، ولا في الشرب ، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب ، بل هو مص . وان ابتلع العنب أو الرمانة من غير مضغ : يحنث لأنه أكل .

٢ — **مفهوم أكل الطعام** : لو حلف لايأكل طعاماً : فإن ذلك يقع على الخبز ، واللحم ، والفاكهة وما يؤكل على سبيل الإدام مع الخبز ، لأن الطعام في اللغة : اسم لما يطعم ، أما في العرف فقد اختص بما يؤكل بنفسه أو مع غيره عادة .

— وكذلك اذا حلف لا يأكل من طعام فلان ، فأكل شيئاً مما ذكرنا من طعام فلان : يحنث . فإن أخذ من نبيذ فلان أو مائه ، فأكل به بخبز نفسه : لايحنث ، لأن هذا لايسمى طعاماً ، لأنه لايؤكل مع الخبز عادة ، ولأن الشخص يسمى حينئذ آكلاً طعام نفسه عادة .

٣ — **كيفية أكل اللبن والخل** : — لو حلف لا يأكل هذا اللبن ، فأكله مع الخبز أو التمر ، أو حلف لايأكل هذا الخل ، فأكله مع

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧٥ ، البدائع : ٣ ص ٦٧ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٥ ، الدر المختار : ٣ ص ٧٣ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٧٥ ، ٨٤ .

الخبز : يحنث ، لأن أكل اللبن هكذا يكون عادة ، وكذلك الخل لأنه من جملة الادام ، قال ﷺ : « نعم الادام الخل »[١] ولو شربه لايحنث ، لأن هذا ليس بأكل[٢] .

٤ ــ **اليمين معلقة ببقاء العين لا بعد تغيرها** : لو حلف لا يأكل هذا اللبن ، فأكل مما يتخذ منه من الجبن والأقط[٣] ونحوهما : لايحنث لأنه قد تغير ، فلا يبقى له اسم العين المحلوف عليها . ومثل ذلك : مالو حلف أن لا يأكل من هذه البيضة ، فصارت فرخاً ، فأكل من فرخ خرج منها ، أو حلف لايشرب من هذه الخمر ، فصارت خلًا : لايحنث ، لأنه تغير عن أصله .

ومثله أيضاً لو حلف **أن لايأكل من هذا البُسْر فصار رُطَباً**[٤] أو لايأكل من هذا الرطب فصار تمراً ، أو لا يأكل من هذا العنب شيئاً ، فصار زبيباً فأكله : لم يحنث في جميع ذلك ، لأن الأصل أن اليمين متى تعلقت بعين تبقى ببقاء العين ، وتزول بزوالها . إلا أن العين في الرطب وإن لم تتبدل ، لكن زال بعضها : وهو الماء بالجفاف ،فإذا

---

(١) رواه أحمد في مسنده وأصحاب السنن الأربعة عن جابر بن عبد الله ، ورواه مسلم والترمذي وأحمد وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها وهو حديث صحيح ، ولفظ حديث جابر « نعم الأدم الخل » (نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢١) والإدام : مايؤتدم به ، وجمع الإدام أدم بضم الهمزة ، مثل كتاب وكتب ، والأدم باسكان الدال مفرد كالإدام .

(٢) البدائع ، المرجع نفسه : ص ٥٦ ، تبيين الحقائق ، المرجع السابق .

(٣) الأقط (بفتح الهمزة وكسر القاف) : ما يتخذ من اللبن المخيض : يطبخ ثم يترك حتى يمصل

(٤) البسر : هو التمر إذا تلون ولم ينضج ، والرطب : ما نضج من البسر قبل أن يصير تمراً .

جف الرطب ، فقد زال عنه الماء ، فصار آكلًا بعض العين المشار إليها فلا يحنث ، وذلك كما لو حلف لا يأكل هذا الرغيف ، فأكل بعضه .

وهذا بخلاف الحالات الآتية :

لو حلف لايأكل من لحم هذا الحَمَل [١] أو هذا الجدي [٢] فأكل منه بعدما صار كبشاً أو تيساً : فإنه يحنث ، لأن العين قائمة لم تتغير ، واليمين وقعت على الذات المعينة .

— **وإذا حلف أن لايكلم هذا الشاب** ، فكلمه بعدما شاخ : حنث لأن العين قائمة لم تتغير ، وإنما الذي تغير هو الوصف ، لا بعض الشخص المحلوف عليه .

— أما لو حلف لايكلم شاباً ، فكلم شيخاً : فإنه لايحنث ، لأن اليمين وقعت على نكرة موصوفة بصفة الشباب ، وذكر الصفة بمنزلة اشتراط الشرط ، ومن المعلوم أن صفة الشباب لاتنطبق على الشيوخ .

— **اختلاف الحنفية في حكم خلط اللبن بالماء** : إذا حلف إنسان لايذوق من هذا اللبن شيئاً ، فصب فيه ماء فذاقه أو شربه : ينظر إذا كان اللبن غالباً : حنث ، لأنه اذا كان غالباً يسمى لبناً ، واذا كان الماء غالباً لايحنث ، وهذا ينطبق على النبيذ اذا صبه في خل ، أو الماء المالح اذا صب على ماء عذب ، فالعبرة فيه للغلبة ، وهذا باتفاق الصاحبين ، غير أن أبا يوسف اعتبر الغلبة في اللون أو الطعم ، لافي الأجزاء ، فإن بقي لون اللبن أو طعمه يحنث وان كان اللبن أقل . أما اذا ذهب طعم اللبن أو لونه فلا يحنث ، وان كانت أجزاء اللبن أكثر ، لأنه اذا كان اللون والطعم باقيين كان اسم الشيء باقياً .

---

(١) الحمل : أي الخروف .

(٢) الجدي : ذكر الماعز في السنة الأولى .

واعتبر محمد غلبة الأجزاء ، فقال : ان كانت أجزاء المحلوف عليه غالبة يحنث ، وان كانت مغلوبة لايحنث لأن الحكم يتعلق بالأكثر ويكون الأقل تبعاً للأكثر .

وذكر محمد : أنـــه لو حلف انسان لايأكل سمناً ، فأكل سويقاً لتّه [١] بسمن ولا نيـة له أخرى : ان كانت أجزاء السمن تستبين في السويق ويوجد طعمه يحنث . وان كان لايوجد طعمه ، ولا يرى مكانه لم يحنث لأنها اذا استبانت لم تصر مستهلكة ضمن غيرها ، فكأنه أكل السمن بنفسه منفرداً ، واذا لم تستبن أجزاء السمن ، فقد صارت مستهلكة في غيرها ، فلا يعتد بها .

اختلاط الشيء بجنسه : واذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه اذا اختلط بلبن آخر ، قال أبو يوسف : حكمه حكم خلط اللبن بالماء تعتبر فيه الغلبة ، فإن كانت الغلبة لغير المحلوف عليه ، لم يحنث في يمينه ، لأنه في معنى الشيء المستهلك في غيره .

وقال محمد : يحنث وان كان المحلوف عليه مغلوباً ، لأن الشيء لايصير مستهلكاً بجنسه ، وانما يصير مستهلكاً بغير جنسه ، وحينئذ يعتبر كأنه غير مغلوب .

ولكن يلاحظ أن الامام محمـد لم يجعل خلط الجنسين استهلاكاً أي « اعداماً لذات الشيء » اذا كان الجنس والنوع والصفة في كل منهما واحداً ، فإذا اختلف النوع كلبن الضأن ولبن المعز ، أو اختلفت الصفة كالماء العذب والماء المالـح ، فيجعل خلطهما استهلاكاً ، ويعتبر الحكم في

---

(١) السويق: هو الناعم من دقيق الحنطة والشعير ، ولت السويق : خلطه بالسمن.

ذلك للغلبة كما في حالة اختلاط الجنسين [١] .

٥ — **الحلف على الادام** : لو حلف لايأكل إداماً ، فالادام : كل مايصطبغ [٢] به مع الخبز عادة كاللبن والزيت والمرق والخل والعسل ونحو ذلك ، ومالا يصطبغ به فليس بادام مثل اللحم والجبن والبيض ، وهذا قول أبي حنيفة ، وفي رواية عن أبي يوسف . وقال محمد وفي رواية أخرى عن أبي يوسف : إن كل مايؤكل بالخبز : فهو إدام مثل اللحم والبيض والجبن ، بدليل ماروي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « سيد ادام أهل الجنة اللحم »[٣] ولأن الادام من الائتدام وهو الموافقة، والموافقة بين هذه الأشياء وبين الخبز في الأكل أمرها ظاهر ، فكانت اداماً ، ولأن الناس يأتدمون بها عرفاً وعادة . وهذا هو الرأي الأظهر المفتى به عند الحنفية .

وبناء عليه هناك ثلاثة أوجه في أكل الادام :

١ — إن أكل مايؤتدم به كالزيت والخل يحنث بالاتفاق ، لأن هذه

---

(١) انظر فيما ذكر المبسوط : ٨ ص ١٨٢ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٧٦ وما بعدها ، البدائع : ٣ ص ٦٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٥٤ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٦ ، الدر المختار : ٣ ص ٩٧ .

(٢) يقال : اصطبغ بالصبغ أي الإدام : ائتدم .

(٣) رواه ابن ماجه وابن أبي الدنيا عن أبي الدرداء مرفوعاً به بلفظ « سيد طعام أهل الدنيا وأهل الجنة : اللحم » وسنده ضعيف ، ورواه ابن قتيبة في غريبه والطبراني عن بريدة مرفوعاً أيضاً بلفظ « سيد ادام أهل الدنيا والآخرة :اللحم » ورواه أبو نعيم في الطب عن علي بن أبي طالب بلفظ « سيد طعام الدنيا والآخرة اللحم » أو « خير طعام ... » (انظر نيل الأوطار : ٨ ص ٢٢٢ ، المقاصد الحسنة للسخاوي : ص ٢٤٤ ، الجامع الصغير : ٢ ص ٣٥)

الأشياء تصير تبعـــاً للخبز ، ولا تؤكل مقصودة بنفسها ، وهـذا هو معنى الادام .

ب - إن أكل مع الخبز والجبن واللحم والبيض : يحنث على الرأي المختار ، وهو قول محمد ولا يحنث على الرأي المرجـوح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

وأما الأرز : فإن كان في بلد يؤكل تبعاً للخبز يكون إداماً عند محمد ، فيحنث بأكله ، وإن كان يؤكل مقصوداً بنفسه في عرف الناس كما في بلاد الشرق الأقصى ، فلا يحنث ، لأنه ليس إداماً عندهم .

٥ - وإن أكل مع الخبز عنباً وسائر الفواكه أو البقول :لايحنث بالاتفاق ، لأنها تؤكل وحدها ، ولا تؤكل إداماً مقصوداً ، بل هي تبع الأكل مع الادام ، إلا في موضع تؤكل تبعاً للخبز غالباً مراعاة للعرف[1].

٦ - **عدم أكل اللحم** : لو حلف لايأكل لحماً ، فأي لحم أكل من سائر الحيوان غير السمك حنث . أما إن أكل سمكاً فلا يحنث وإن سماه الله عز وجل لحماً بقوله تعالى : (لحماً طرياً) لأنه لايراد به عند الاطلاق اسم اللحم ، فإن الرجل يقول : ما أكلت اللحم كذا يوماً ، وإن كان قد أكل سمكاً وهذا هو مذهب الشافعية أيضاً [2] .

- وقال المالكية والحنابلة : يحنث بأكل السمك ، لأن الله سماه لحماً في قوله سبحانه : « الله الذي سخر لـكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً» وقال « ومن كلٍ تأكلون لحماً طرياً » ، ولأنه من جسم حيوان [3] .

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧٧ ، البدائع : ٣ ص ٥٧ ، الدر المختار : ٣ ص ١٠٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٥٤ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣١ .

(٢) المهذب : ٢ ص ١٣٤

(٣) المغني : ٨ ص ٨١١ وما بعدها .

ولو أكل شحم الظهر يحنث عند الحنفية ، لأنه لحم سمين . ولو أكل شحم البطن والإلية : لايحنث ، لأنه لايسمى لحماً ، ولا يباع مع اللحم أيضاً ، فإن نواه يحنث ، لأنه شدد على نفسه ، ولأن فيه معنى اللحم من وجه وهو الدسومة . وكذلك يحنث إن نوى لحم السمك ، لأنه لحم ناقص في معنى اللحمية .

ولو أكل أحشاء البطن مثل الكرش والكبد والقلب والكلي والرئة والأمعاء والطحال : ذكر الكرخي أنه يحنث في عادة أهل الكوفة في زمن أبي حنيفة ، لأن ذلك كان يباع مع اللحم ، وأما في الموضع الذي لايباع مع اللحم كما في عرفنا الحاضر فلا يحنث به .

ولو أكل لحم خنزير أو لحم إنسان أو ميتة : يحنث لأنه لحم حقيقة وإن كان حراماً ، والواقع أنه لايحنث بذلك ، لأن العادة لم تجر إلا ببيع اللحم الذي يحل أكله .

ولو أكل لحم الرأس من الحيوانات ، سوى السمك : يحنث ، لأن الرأس عضو من أعضاء الحيوان ، فكان لحمه كلحم سائر الأعضاء ، بخلاف ما إذا حلف لايشتري لحماً ، فاشترى رأساً : إنه لايحنث ؛ لأن مشتريه لايسمى مشتري لحم ، وإنما يقال : اشترى رأساً [١] .

٧ – عدم أكل الشحم : ولو حلف لايأكل شحماً فاشترى شحم الظهر لم يحنث عند أبي حنيفة ، لأنه لايسمى شحماً عرفاً وعادة ، بل يسمى لحماً سميناً ، فلا يتناوله اسم الشحم عند الاطلاق ، وتسمية الله تعالى اياه شحماً لايدل على دخوله تحت اليمين اذا لم يكن متعارفاً ، والأيمان مبنية على العرف ، وانما يحنث بشحم البطن والأمعاء .

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧٦ ، البدائع : ٣ ص ٥٨ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٧ ، الدر المختار : ٣ ص ٩٩ .

وقال الصاحبان : يحنث بأكل شحم الظهر أيضاً ، لقوله تعالى : « ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ماحملت ظهورهما » والمستثنى من جنس المستثنى منه ، فدل أن شحم الظهر شحم حقيقة [١] وهذا مايؤيده عرف اليوم أنه شحم .

٨ — **عدم أكل الرأس أو شرائه** : لو حلف لايأكل رأساً أو لايشتري : ان نوى الرؤوس كلها انصرف اليها ، لأنه نوى حقيقة كلامه وشدد على نفسه . وان لم يكن له نية فان اسم الرأس يتناول جميع مايباع في بلد الحالف من الرؤوس . وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولاً : يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم ، ثم رجع فقال : يحنث في رأس البقر والغنم خاصة . وقال الصاحبان : لايحنث الا في رأس الغنم خاصة .

قال الفقهاء المتأخرون : وهذا اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لااختلاف حجة وبرهان ، اذ مسائل الأيمان مبنية على العرف ، فتدور معه [٢] .

٩ — **عدم أكل البيض** : اذا حلف لايأكل بيضاً : فان نوى بيض كل شيء ، يقع عليه ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، وشدد على نفسه وان لم تكن له نية فيقع على ماله قشر : وهو بيض الطير والدجاج والأوز ، بدلالة العرف [٣] .

١٠ — **عدم أكل الطبيخ** : لو حلف لايأكل طبيخاً : فإن نوى اللحم وغيره يقع عليه ، لأنه طبيخ حقيقة ، وفيه تشديد على نفسه .وان

(١) المراجع السابقة : فتح القدير : ص ٤٨ ، تبيين الحقائق : ص ١٢٨ ، الدر المختار : ص ١٠٠ .

(٢) انظر المبسوط ، المرجع السابق ، فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٥٢ ، تبيين الحقائق : ص ١٣٠ ، الدر المختار : ص ١٠٣ ، البدائع : ص ٥٩ .

(٣) البدائع : ٣ ص ٥٩ .

لم ينو شيئاً ينصرف الى المتعارف عليه وهو كل مطبوخ بالماء . وكان العرف السابق يعني بالطبيخ : اللحم المطبوخ بالماء ليسهل أكله ، ويعني أيضاً المرقة المتخذة منه لما فيها من أجزاء اللحم .

١١ — **عدم أكل الشواء** : لو حلف لايأكل شواء ونوى أكل كل مشوي بالنار : يحنث بأكل أي مشوي ، لأنه نوى حقيقة كلامه وان لم يكن له نية فإنما يقع على اللحم خاصة لتعارف الناس في السابق عليه ، وأما اليوم فينصرف الى مايتعارفه الناس أيضاً .

١٢ — **عدم أكل الحلو** : — اذا حلف لايأكل حلواء أو حلواً أو حلاوة : فالأصل الذي كان مقرراً عند السابقين : هو أن الحلو : هو ماليس من جنسه حامض . وغير الحلو : ما كان من جنسه حامض ، والمرجع فيه الى العرف .

فيحنث بأكل الخبيص والعسل والسكر والرطب والتمر والتين وأشباه ذلك ، لأنه ليس من جنسها حامض ، ولا يحنث بأكل العنب الحلو والبطيخ الحلو والرمان الحلو والاجاص الحلو والتفاح الحلو والزبيب لأن من جنسها ماليس بحلو ، فلم يخلص معنى الحلاوة فيها .

— **وأما الحلواء** : فيقع على المصنوع من الحلاوة وحدها ، أو مع غيرها كالخبيص والناطف : وهو مايصنع من الطحينة والسكر [١] .

والحقيقة أن تفسير الحلوى وغيرها مرجعه الى العرف كما قالوا ، ففي عرفنا يراعى ماهو المقصود من الحلويات أو الحلاوة عند الناس .

قال ابن عابدين : وفي زماننا الحلو : كل مايتحلى به من فاكهة

---

(١) المبسوط : ٨ ص١٧٨ ، البدائع : ٣ ص ٥٩ ، فتح القدير : ٤ ص ٥٢ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٩

وغيرها كتين وعنب وخبيصة وكنافة وقطائف ، وأما الحلاوة والحلوى : فهي اسم لنوع خاص كالجوزية والسمسمية مما يعقد ، وكذا مايطبخ من السكر أو العسل بطحين أو نشا [١] .

١٣ — عدم أكل الفاكهة : الكلام في الحلف على أن لايأكل الفاكهة على النحو الذي ذكره فقهاء الحنفية بحسب عرفهم السابق يتناول أصنافاً ثلاثة نعرضها هنا عرضاً تاريخياً ، ثم نذكر الحكم الفقهي الدائم :

الصنف الأول : — يحنث به باتفاق الحنفية : وهو أنه يقع على ثمرة كل شجرة سوى العنب والرطب والرمان ، سواء في ذلك الطري واليابس لأنه ينطبق عليها اسم الفاكهة : وهو كل مايتفكه بـه ويؤكل قبل الطعام وبعده أي يتنعم به زيادة على المعتاد .

الصنف الثاني : — لايحنث به بالاتفاق أيضاً : وهو أن يأكل القثاء والخيار والجزر ، لأن معنى التفكه غير موجود فيها بحسب المعتاد ، لأنها من البقول بيعاً وأكلاً .

الصنف الثالث : اختلفوا فيه وهو العنب والرطب والرمان : فعند أبي حنيفة لايحنث بها لأن الفاكهة من التفكه : وهو التنعم بما لايتعلق به البقاء زيادة على المعتاد ، وهو مما لايصلح غذاء ولا دواء ، وهذه الأشياء مما يتغذى بها ويتداوى بها ، لأن الرطب والعنب يؤكلان غذاء ، ويتعلق بها بقاء الجسد . وبعض الناس في بعض المواضع يكتفون بها . والرمان يؤكل للتداوي فليس في هذه الأشياء معنى التفكه الكامل . فلا يتناولها اسم الفاكهة ، ويؤيد ذلك قوله تعالى : « فأنبتنا فيها حباً وعنباً وقضباً ، وزيتوناً ونخلاً ، وحدائق غلباً ، وفاكهة وأبا ، متاعاً لكم

---

(١) رد المحتار على الدر المختار : ٣ ص ١٠٣ .

ولأنعامكم » فالله سبحانه عطف الفاكهة على العنب ، والمعطوف غير المعطوف عليه .

وقال الصاحبان : يحنث بأكل هذه الأشياء ، لأن معنى التفكه موجود فيها عرفاً ، فإنها أعز الفواكه ، والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها .

هذا هو مذهب الحنفية في الفاكهة ، والعبرة الآن للعرف . فيحنث الحالف بكل مايعد فاكهة عرفاً . وأما قول أبي حنيفة بأن العنب والرطب والرمان ليس بفاكهة : فهذا اختلاف عرف وزمان ، وكان في زمنه لاتعد هذه الأشياء من جملة الفواكه ، فأفتى بحسب عرف زمانه ، وقد تغير العرف في زمان الصاحبين ، فكانت فتواهما مخالفة لفتوى الإمام رضي الله عنه .

ولو حلف لايأكل فاكهة يابسة فأكل الجوز واللوز والتين ونحوها : فإنه كان في الماضي يحنث ، لأن اسم الفاكهة يطلق على الرطب واليابس منها ، وأما في عرفنا فلا يحنث في الجوز واللوز ، لأنه لايتفكه بها [١] .

١٤ — عدم أكل الحنطة : لو حلف لايأكل من هذه الحنطة يقع على أكل عينها مقلية [٢] ومطبوخة ، ولا يقع على الحنطة النيئة إلا بالنية كما لا يقع على الخبز ، وما يتخذ من الدقيق إلا أن ينوي ذلك فيحنث به ، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه ، لأن اسم الحنطة لايقع على الخبز حقيقة ، فحملها على الخبز يكون حملاً على المجاز ، والحقيقة أولى .

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٧٩ ، البدائع : ٣ ص ٦٠ ومابعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٥٣ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٠ وما بعدها ، الدر المختار : ٣ ص ١٠٣ .

(٢) المقلية : هي التي يغليها الناس على النار ويأكلونها قضماً : وهي التي تسمى في عرف بلادنا (بليلة) .

وقال الصاحبان رحمهما الله : إن أكل الحنطة خبزاً حنث أيضاً ، كما لو أكل من عينها ، لأن المتعارف في إطلاق أكل الحنطة هو أكل المتخذ منها وهو الخبز ، لا أكل عينها ، يقال : — فلان يأكل من حنطة كذا أي من خبزها ، ومطلق الكلام يحمل على المتعارف . ومنشأ الخلاف في هذه القضية راجع إلى اختلافهم في مسألة في أصول الفقه : وهي أن الكلام إذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف ، فعند أبي حنيفة : الحقيقة أولى من المجاز المتعارف . وعند الصاحبين : المجاز المتعارف أولى . فمن حلف لايشرب من الفرات أو من هذا النهر فعند أبي حنيفة : يقع على الشرب كرعاً [١] حتى لو اغترف بإناء أو بيده : لايحنث . وعند الصاحبين : يقع عليها أخذاً بعموم المجاز .

وعموم المجاز : معناه أن يكون للمجاز أفراد كثيرة ، ومن جملة أفراده محل الحقيقة ، فتدخل الحقيقة في المجاز ، كمن حلف لايدخل دار فلان ، فإنه مجاز عن المسكن ، وحقيقته الدار المملوكة لفلان ، فيدخل في اليمين : مايسكنه كيفما كان ، سواء أكان مستأجراً أو عارية أو ملكاً لعموم المجاز اتفاقاً .

عدم أكل الدقيق : ولو حلف لايأكل من هذا الدقيق ، فأكل مما يتخذ منه وهو الخبز : يحنث ، لأن عينه لايؤكل ، وإنما يؤكل عادة خبزاً ، ولا يستف إلا نادراً ، والنادر ملحق بالعدم . فإن نوى لايأكل عين الدقيق: لايحنث بأكل مايخبز منه ، لأنه نوى حقيقة كلامه .

عدم أكل الخبز : ولو حلف لايأكل خبزاً فيمينه على حسب المعتاد

---

(١) كَرع في الماء أو الإناء : مد عنقه وتناول الماء فيه من موضعه .

عند أهل البلد فيما يعتبر أكله خبزاً ، وذلك خبز الحنطة والشعير ؛ لأنه هو المعتاد في غالب البلدان [١] .

وبناء على مسألة الدقيق : إذا حلف لايأكل من هذه الشجرة فأكل من ثمرتها : يحنث ؛ لأن عينها لاتؤكل .

١٥ — الحلف على عدم الأكل وقصد طعام خاص : لو حلف لا يأكل أو لا يشرب ، أو لايلبس ، ونوى طعاماً خاصاً وشراباً خاصاً ، وثوباً : فإنه لايصدق ؛ لأنه نوى خلاف مقتضى كلامه وهو لاعموم له ، فلا يحتمل الخصوص ، والنية إنما تعمل في الملفوظ لتعيين بعض محتملاته . أما لو قال : لا آكل طعاماً ، أو لا ألبس ثوباً ، ونوى طعاماً بعينه وثوباً بعينه : يصدق ديانة لا قضاء ، لأنه نوى تخصيص كلامه الظاهر منه العموم ولكنه يحتمل الخصوص [٢] .

الحلف على الشرب :

— عرفنا معنى الشرب : وهو إيصال مالا يحتمله المضغ من المائعات إلى الجوف . فلو حلف لايشرب، فأكل: لايحنث، كما لوحلف لايأكل، فشرب : لايحنث ، لأن الأكل والشرب فعلان متغايران . وإذا حلف لايشرب ولا نية له : فأي شراب شرب من ماء أو غيره يحنث ، لأنه منع نفسه عن الشرب عموماً ، وسواء شرب قليلاً أو كثيراً ، لأن بعض الشراب يسمى شراباً .

---

(١) انظر في هذا وفيما قبله المبسوط : ٨ ص ١٨١ ، البدائع ، المرجع السابق : ص ٦١ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٥٠ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٢٩ ، الدر المختار : ٣ ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) البدائع : ص ٦٦ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٣ ، الدر المختار: ٣ ص ١٠٥ وما بعدها .

ولو حلف لايشرب من دجلة أو من الفرات : قال أبو حنيفة : لايحنث مالم يشرب منه كرعاً : وهو أن يضع فاه عليه ، فيشرب منه ، فإن أخذ الماء بيده أو بإناء لم يحنث .

وقال الصاحبان : يحنث سواء شرب كرعاً أو بإناء أو اغترف بيده .

دليلهما : أن مطلق اللفظ ينصرف إلى المتعارف عند أهل اللغةوالمتعارف عندهم : أن من رفع الماء من النهر بيده أو بإناء أنه يسمى شارباً من النهر ، فيحمل مطلق الكلام على غلبة المتعارف ، وإن كان مجازاً بعد أن كان متعارفاً ، كما أشرنا قريباً ، وذلك مثل مالو حلف لايأكل من هذه الشجرة ، فإنه ينصرف إلى الثمرة . ودليل أبي حنيفة : أن مطلق الكلام محمول على الحقيقة ، وحقيقة الشرب من النهر : هو أن يكرع منه كرعاً بأن يضع فاه عليه فيشرب منه .

الشرب من الجب أو البئر : إن حلف لايشرب من ماء هذا الجب[1] أو البئر فاغترف بإناء أو بيده من الأول واستقى من الثاني وشرب : يحنث بالاتفاق ، لأنه لايمكن الشرب منه كرعاً .

فلو حلف لايشرب من هذا الجب : فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في الحلف من دجلة أو الفرات ، فلا يحنث عند أبي حنيفة مالم يكرع منه . وعند الصاحبين : يحنث مطلقاً[2] .

الحلف على الغداء والعشاء والسحور : الغداء والعشاء والسحور عبارة عن أكل مايقصد به الشبع عادة ، ويعتبر غداء كل بلدة : ماتعارفه أهلها : فإن كان خبزاً فخبز ، وإن كان لحماً فلحم ، حتى إن الحضري

---

(١) الجب بضم الجيم : البئر العميقة .

(٢) المبسوط : ٨ ص ١٨٦ وما بعدها ، البدائع : ٣ ص ٦٦ ، فتح القدير : ٤ ص ٥٨ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٤ .

إذا حلف على ترك الغداء ، فشرب اللبن لم يحنث ، والبدوي بخلافه ، لأنه غداء في البادية أي أن المعتبر فيما يتغدى به عادة أهل بلد الحالف .

ولا بد أن يأكل أكثر من نصف الشبع في غداء وعشاء وسحور.

والغداء في الماضي : هو الأكل من طلوع الفجر إلى الظهر .

والعشاء في الماضي : — هو الأكل من صلاة الظهر إلى نصف الليل لأن مابعد الزوال يسمى عشاء ، ولهذا تسمى الظهر إحدى صلاتي العشاء في الحديث ، فإنه ورد أن النبي ﷺ صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين: يريد به الراوي : الظهر أو العصر .

وفي عرفنا اليوم يعتبر الأكل من طلوع الفجر إلى ارتفاع الضحى الأكبر فطوراً ، وما بعد ذلك يدخل وقت الغداء وينتهي إلى العصر ، لأنه أول وقت العشاء في عرفنا ، وحينئذ يدخل وقت العشاء : وهو ما بعد صلاة العصر ، وهذا العرف يعمل به .

والسحور : هو الأكل من بعد نصف الليل إلى طلوع الفجر ، مأخوذ من السحر وهو الثلث الأخير من الليل ، وقد أطلق على النصف الثاني من الليل لقربه من الثلث الأخير .

وأما التضحي : فهو الأكل في وقت الضحى . ووقت الضحى : هو من بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة إلى نصف النهار ، لأن هذا وقت صلاة الضحى .

وأما التصبيح : فهو مابين طلوع الشمس إلى ارتفاع الضحوة الكبرى لأنه من الإصباح ، وهذا يعرف بتسمية أهل اللغة .

ولو حلف ليأتينه غدوة : فهذا بعد طلوع الفجر إلى نصف النهار [١].

---

(١) البدائع : ٣ص ٦٩ ، فتح القدير : ٤ ص ٥٥ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٣٢ ، الدر المختار : ٣ ص ١٠٥ .

المطلب الخامس

الحلف على اللبس والكسوة

إذا حلف إنسان « **لايلبس قميصاً أو سراويل أو رداء** » فاتزر به : لا يحنث ، وكذا إذا اعتم بشيء من ذلك لأن المطلق تعتبر فيه العادة والاتزار والتعمم ليس بمعتاد في هذه الاشياء ، فلا يحنث .

ولو حلف « **لايلبس هذا القميص أو هذا الرداء** » فعلى أي حال لبس ذلك حنث ، حتى بالاتزار والتعمم ، لأن اليمين إذا تعلقت بعين اعتبر فيها وجود اسم العين ، ولا تعتبر فيها الصفة المعتادة .

ولو حلف « **لايلبس من غزل فلانة شيئاً** » فلبس ثوباً قد غزلته فلانة : يحنث في يمينه ، لأن الغزل عينه لا يلبس ، فيقع على ما يصنع منه ، وهو الثوب . ولو نوى الغزل بعينه : لا يحنث إذا لبس ذلك الثوب ، لأنه نوى حقيقة كلامه .

ولو حلف « **لايلبس ثوباً من غزل فلانة** » يقع على الثوب ، ولو نوى الغزل لايصدق .

ولو حلف « **لايلبس ثوباً من غزل فلانة** » فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها : لايحنث لأن الثوب اسم لشيء مقدر ، فلا يقع على بعضه .

ولو حلف « **لايلبس من غزل فلانة** » فلبس ثوباً من غزلها وغزل غيرها : حنث ، لأن البعض يسمى غزلاً .

ولو حلف « **لايلبس من غزل فلانة** » ولم يقل ثوباً : لم يحنث في

التكة والزر والعروة والطوق ؛ لأن هذا ليس بلبس في العادة ، فلو لبس ثوباً تلابيبه [١] من غزل فلانة : يحنث ، لأن هـذا القدر ملبوس من غزلها بلبس الثوب [٢] .

ومن حلف « **لايلبس حلياً** » فلبس خاتم فضة لم يحنث ، لأنه ليس بحلي عرفاً ولا شرعاً ، حتى أبيح استعماله للرجال ، وإن كان من ذهب حنث ، لأنه حلي ، ولهذا لا يحل استعماله للرجال ، ولو لبس عقد لؤلؤ يحنث عند الصاحبين ، لأنه حلي حقيقة ، والتحلي به معتاد ، وهو الرأي المفتى به خلافاً لرأي أبي حنيفة القائل بأنه لا يحنث. وقال غير الحنيفة : يحنث بلبس الفضة واللؤلؤ [٣] .

ولو حلف « **لايكسو فلاناً شيئاً** » ولا نية له ، فكساه قلنسوة ، أو خفين أو جوربين : حنث ، لأن الكسوة اسم لما يكسى به ، وذلك يوجد في القليل والكثير .

ولو حلف « **لا يكسو فلاناً ثوباً** » فأعطاه دراهم يشتري بها ثوباً لم يحنث ، لأنه لم يكسه ، وإنما وهبه دراهم ، وشاوره فيما يفعل بها .

ولو أرسل له بثوب كسوة : حنث لأن حقوق العقد أو اليمين لا تتعلق بالرسول ، وإنما تتعلق بالمرسل [٤] .

---

(١) التلابيب : جمع تلبيب وهو ما في موضع اللبب من الثياب ، واللبب واللبة : موضع القلادة من الصدر .

(٢) انظر المبسوط : ٩ ص ٢ ومابعدها ، البدائع : ٣ ص٦٩ ومابعدها، تحفة الفقهاء الطبعة القديمة : ٢ ص ٤٨٣ ، فتح القدير : ٤ ص ٩٦ وما بعدها .

(٣) فتح القدير : ص ٩٧ ، المهذب : ٢ ص ١٣٦ ، المغني : ٨ ص ٧٧٩ .

(٤) المبسوط : ٩ س ٤ ، البدائع : ٣ ص ٧١ .

المطلب السادس

الحلف على الركوب

إذا حلف « **لا يركب دابة** » فهو يقع على الدواب التي يركبها الناس في حوائجهم في مواضع إقامتهم ، كالفرس والحمار والبغل ، فلو ركب ظهر إنسان أو بعيراً أو بقرة أو فيلاً : لا يحنث استحساناً إلا بالنية . والقياس أن يحنث في ركوب كل حيوان ، لأن الدابة لفظ عام يشمل كل ما يدب على الارض . قال تعالى : « وما من دابة في الأرض إلا على الله رزقها » إلا أنهم استحسنوا وحملوا اليمين على ما يركبه الناس في حوائجهم غالباً : وهو الخيل والبغال والحمير تخصيصاً للعموم بالعرف والعادة .

قال صاحب الدر : وينبغي حنثه بالبعير في مصر والشام أي (إذا كان ممن يركب البعير كالمسافر وأهل البدو) وبالفيل في الهند للتعارف .

ولو حمل على الدابة **مكرها** فلا حنث .

ولو حلف « **لا يركب فرساً** » فركب برذوناً ، أو حلف لا يركب برذوناً [1] فركب فرساً : لم يحنث ، لأن كل حيوان يختلف عن الآخر فالفرس عربي ، والبرذون أعجمي .

ولو حلف « **لا يركب** » وقال : نويت الخيل ، لا يصدق قضاء

---

(١) البرذون : التركي من الخيل ، والجمع البراذين ، وخلافها العراب .

ولا ديانة ، لأن المركوب ليس بمذكور ، فلا يحتمل اللفظ التخصيص .

فان حلف « **لا يركب الخيل** » فركب برذوناً أو فرساً : يحنث لأن الخيل اسم جنس ، فيعم جميع أنواعه .

ولو حلف « **لا يركب مركباً** » ولا نية له ، فيقع على كل ما يركب : من السفينة والدواب وغيرها سوى الآدمي .

ولو حلف « **لا يركب دابة** » وهو راكبها فمكث على حاله ساعة حنث ، لأن الركوب له أمثال تتجدد مع الزمن ، فله حكم الابتداء وذلك مثل ما لو حلف لا يلبس وهو لابس ، أولا يجلس وهو جالس [١] .

---

(١) المبسوط ، المرجع السابق : ٣ ص ١٢ ومابعدها ، البدائع : ٣ ص ٧١ ، فتح القدير : ٤ ص ٤٢ وما بعدها ، الدر المختار ورد المحتار : ٣ ص ٩٤ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٧٤

المطلب السابع

الحلف على الجلوس

إذا حلف « **لا يجلس على الارض** » فجلس على شيء حائل بينه وبين الأرض كحصير أو بساط أو كرسي : لم يحنث ، لأنه لا يسمى جالساً على الأرض ، لأن الجالس على الأرض : من باشر الارض ، ولم يحل بينه وبينها شيء ، بخلاف ما إذا حال بينه وبين الأرض ثيابه ، فإنه لا يعتبر حائلاً لأن الثياب تبع له .

وإن حلف « **لا يجلس على هذا الفراش** » فجعل عليه فراشاً مثله ، ثم جلس: لم يحنث ، لأن الجلوس ينسب إلى الفراش الثاني دون الأول .

وخالف أبو يوسف في الفراش خاصة فقال : إذا حلف لا ينام على هذا الفراش ، فجعل فوقه فراشاً آخر ونام عليه : حنث ، لأنه يحصل به زيادة توطئة ولين ، فيكونان مقصودين بالنوم عليهما .

واتفقوا على أنه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه ملاءة أي شرشفاً : حنث لأنه تبع للفراش ، فلا يمنع أن يقال : نام على الفراش .

ولو حلف « **لا يجلس على هذا السرير أو السطح** » فجعل فوقه مصلى أو بساطاً ، ثم جلس عليه : حنث لأن السرير يجلس عليه هكذا غالباً ، ويقال : نام على السطح ، وإن كان نام على فراش .

فلو جعل فوق السرير سريراً أو بنى فوق السطح سطحاً : لم يحنث ؛ لأن الجلوس ينسب إلى الثاني دون الأول .

ولو نوى الجلوس على ألواح هذا السرير مباشرة دون أن يكون فوقه شيء : يصدق ديانة فيما بينه وبين الله ، لا قضاءً؛ لأن ذلك خلاف المعتاد وإن كان حقيقة .

ولو قال : **« والله لا أنام على ألواح هذا السرير »** فجلس على بساط فوقه : لم يحنث ، لأنه ما نام على ألواح .

ولو حلف **« لا يجلس على الارض »** فجلس على السطح : يحنث لأن ذلك يسمى أرض السطح [1] .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٧١ ومابعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٩٨ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٥٥ وما بعدها .

المطلب الثامن

الحلف على السكنى

إذا حلف « **لا يسكن هذه الدار** » فإن لم يكن ساكناً فيها **فالسكنى** : أن يسكنها بنفسه ، وينقل إليها من متاعه ما يتأثث به ، ويستعمله في منزله ، فإذا فعل ذلك فهو ساكن ، وحانث في يمينه ، لأن السكنى هو الكون في المكان على طريق الاستقرار والمداومة ، وذلك يكون بما يسكن به عادة ، ألا ترى أن من جلس في المسجد وبات فيه ، لم يكن ساكناً في المسجد ، ولو أقام فيه بما يتأثث به يسمى ساكن المسجد ، فكان هذا معتبراً في اليمين .

وإن كان الرجل **ساكناً في الدار فحلف لايسكنها** : فإنه لا يبر في يمينه مالم ينتقل بنفسه وأهله وولده ومتاعه وخادمه ومن يقوم بشأنه في منزله ، لأن السكنى في الدار بهذه الأشياء ، فكان ترك السكنى فيها بضدها ، فإذا لم يأخذ في النقلة من ساعته مع الإمكان : يحنث في يمينه . وهنا ثلاثة افتراضات :

أحدها : ـ إذا انتقل بأهله ومتاعه في الحال : لم يحنث عند أئمة الحنفية الثلاثة ، ولا يؤثر وجود السكنى القليلة ، لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، فكان مستثنى دلالة . وقال زفر : يحنث لوجود شرط الحنث وهو السكنى .

الثاني : — لو انتقل بنفسه ، ولم ينتقل بأهله ومتاعه : يحنث عند أئمة الحنفية لأن السكنى في المكان — كما بينا — هي الكون في الشيء على وجه الاستقرار ، ولا يكون ذلك إلا بما يسكن به عادة ، فإذا حلف لا يسكنها وهو فيها ، فالبر في إزالة ما كان به ساكناً ، فإذا لم يفعل حنث ، ولأن من حلف لايسكن هذا الدار فخرج بنفسه ، وأهله ومتاعه فيها يسمى في العرف والعادة ساكن الدار . وهذا بخلاف ما إذا حلف لا يسكن في بلد فخرج منه وترك أهله فيه : لم يحنث ، لأن في العادة لايقال لمن بدمشق وأهله بحلب : إنه ساكن بحلب .

وقال الإمام الشافعي : لايحنث ، ويكفي أن يخرج ببدنه بنية التحول ، لأن اليمين على سكناه ، وقد ترك السكنى ، فلم يحنث بترك أهله ومتاعه ، كما لو حلف لا يسكن في بلد ، فخرج بنفسه وترك أهله فيه . وقال الشافعي محتجاً على الحنفية : إذا خرجت من مكة ، وخلفت دفيترات بها أفأكون ساكناً بمكة ؟!(١).

الثالث : — إذا انتقل بنفسه وأهله وماله ومتاعه وترك من أثاثه شيئاً يسيراً فإن أبا حنيفة قال : يحنث لأن السكنى قد ثبتت بكل ذلك فيبقى ما بقي شيء منه .

وقال أبو يوسف : يعتبر نقل الأكثر ، لأن نقل الكل قد يتعذر في بعض الأوقات .

وقال محمد : يعتبر ما تقوم به السكنى ، قالوا : وهذا القول أحسن وأرفق بالناس . ولا شك أن من خرج على نية ترك المكان وعدم الرجوع إليه ، ونقل من أمتعته ما يقوم به أمر سكناه . وهو على نية نقل الباقي يقال : ليس ساكناً فيه ، بل انتقل منه ، وسكن في مكان آخر ، وبهذا يترجح قول محمد .

---

(١) انظر مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٩ ، المهذب : ٢ ص ١٣٢ .

فإن **منع من الخروج** والتحول بنفسه ومتاعه ومنعوا متاعه ، وأوثقوه وقهروه : لا يحنث وان أقام على ذلك أياماً ، لأنه ليس بساكن ، إنما هو أسكن فيها عن إكراه ، فلا يحنث .

وقال محمد : إذا خرج الحالف من ساعته ، وخلف متاعه كله في في المسكن ، **ومكث في طلب المنزل أياماً ثلاثة** ، فلم يجد ما يستأجره وكان يمكنه أن يخرج من المنزل ويضع متاعه خارج الدار : لا يحنث لأن هذا من عمل النقلة عادة ، لأن المعتاد أن ينتقل من منزل إلى منزل لا أن يلقي متاعه على الطريق .

وقال محمد ايضاً : **لو كان الساكن موسراً وله متاع كثير** ، وهو يقدر على أن يستأجر من ينقل متاعه في يوم ، فلم يفعل ، وجعل ينقل بنفسه الأول فالأول ، **ومكث في ذلك سنة** وهو لا يترك الاشتغال بالنقل : فإنه لا يحنث ، لأنه لا يلزمه الانتقال بأسرع الوجوه .

وإن حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها ، **فتحول ببدنه فقط ، وقال : ذلك عنيت بيميني** : يصدق ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء ، لأنه نوى خلاف الظاهر والعادة .

وإن كان حلف وهو غير ساكن فيها وقال : نويت الانتقال ببدني فقط يصدق ديانة وقضاء ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه ، ولأنه شدد على نفسه [١] .

هل الدوام على السكنى له حكم الابتداء ؟

قال الحنفية : دوام السكنى واللبس والركوب له حكم ابتداء ذلك حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٦٢ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٦٩ ، البدائع : ٣ ص ٧٢ وما بعدها ، فتح القدير: ٤ ص ٣٦ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٩ .

وهو راكبها ، أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها ، واستمر على ما كان عليه : حنث لأن هذه الأفعال تتجدد بحدوث أمثالها . وذلك بعكس الدخول والخروج والتزوج والتطهر : لايعتبر الدوام عليها بمثابة إنشائها .

والضابط الفارق بينهما : أن ما يمتد فلدوامه حكم الابتداء كالقعود والقيام والنظر ونحوه ، وما لا يمتد لادوام له كالخروج والدخول . وهذا هو مذهب الشافعية أيضاً [١] .

ويترتب على هذا أن الحالف على السكنى واللبس والركوب ونحوها إذا انتقل للحال أو نزع الثوب حالا ، أو نزل عن الدابة حالا : لا يحنث . وقال زفر : يحنث لوجود اللبس والركوب والسكنى بعد اليمين ، وان قل الانتظار ، وذلك كاف للحنث [٢] .

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٣١ ، المهذب : ٢ ص ١٣٢ .
(٢) المبسوط ، المرجع السابق ، فتح القدير ، المرجع السابق : ص ٣٥ ، تبيين الحقائق ، المرجع السابق ، الدر المختار : ٣ ص ٨٣ .

المطلب التاسع

الحلف على الضرب والقتل

إذا حلف إنسان بطلاق زوجته ليضربنها حتى يقتلها أو حتى ترفع ميتة ولا نية له ، فإن ضربها ضرباً شديداً بر في يمينه ، لأنه يراد بمثل هذا القول في العادة شدة الضرب دون الإماتة .

ولو حلف « ليضربن غلامه عشرة أسواط » فجمع عشرة أسواط ، وضربه مرة واحدة ، وأصاب كل سوط جلده : لا يحنث ، لأنه ضربه عشرة أسواط . فأما إذا لم يصب كل سوط جلده : فإنه يحنث ؛ لأنه لا يسمى ضارباً عشرة أسواط .

ولو قال : « والله لا أقتل فلاناً بدمشق » أو قال : « والله لا أتزوج فلانة بدمشق » فضرب فلاناً بحلب فمات بدمشق ، أو زوجه الولي امرأة بحلب ، فبلغها الخبر بدمشق ، فأجازت العقد حنث في اليمينين جميعاً .

وكذلك لو حلف على الزمان ، فقال : — « لا أفعل ذلك يوم الجمعة » فمات المحلوف عليه يوم الجمعة ، أو أجازت المرأة النكاح يوم الجمعة : حنث الحالف .

وإذن يعتبر في القتل مكان زهوق الروح وزمانه ، كما يعتبر في النكاح مكان الإجازة وزمانها . ويجري هذا في البيع والشراء : يعتبر مكان الإجازة ويوم الإجازة .

وقال محمد : يعتبر في العقد مكان الفاعل وزمانـه ، وفي القتل كما قال أبو يوسف : يعتبر مكان زهوق الروح بالنسبة للمقتول وزمانه [١] .

ومن حلف « لا يضرب امرأته » ففعل بها أي فعل يوجعها كالعض وعصر الحلق وشد الشعر ولو ممازحاً : يحنث ، لأن الضرب اسم لفعل مؤلم ، وقد تحقق الإيلام . وقيل : لا يحنث في حال الملاعبة ، لأنه يسمى في العرف ممازحة لا ضرباً .

وإذا قال شخص : « إن لم أقتل فلاناً فامرأتي طالق » وفلان ميت : فإن كان الحالف عالماً بموته حين حلف حنث للحال ، لأن يمينه تنعقد لتصور البر فيه ، لأن الله تعالى قادر على إعادة الحياة فيه إذ الروح لا تموت ، فيمكن قتله ، ثم إنـه يحنث في الحال للعجز عن البر في يمينه عادة مثل الحلف على صعود السماء .

وإن لم يعلم بموته لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنـه عقد يمينه على حياة كانت فيه ، ولا يتصور إزالتهـا ، وقال أبو يوسف : يحنث لأن تصور البر ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين . وهذا الخلاف جرى كما ذكر سابقاً في مسألة الكوز إذا كان يعلم أن لا ماء فيه ، فحلف وقال : « إن لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز فامرأتي طالق » [٢] .

---

(١) البدائع: ٣١ ص ٧٦ وما بعدها ، الفتاوى الهندية: ٢ ص ١١٨ .

(٢) فتح القدير : ٤ ص ١٠١ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١٥٩ ، الدر المختار : ٣ ص ١٤٣ وما بعدها .

المطلب العاشر

الحلف على ما يضاف إلى غير الحالف

الحلف على ما في ملك فلان : إذا حلف إنسان على ما في ملك فلان : يحنث إذا كان الشيء مملوكاً له وقت فعل المحلوف عليه ، سواء أكان ما في ملك فلان مملوكاً له وقت الحلف ، أو لم يكن مملوكاً له حينذاك ، كأن حلف « لا يأكل طعام فلان أو لا يشرب شراب فلان أو لا يدخل دار فلان ، أو لا يركب دابة فلان ، أو لا يلبس ثوب فلان » ولم يكن شيء منها في ملكه ، ثم استحدث الملك فيها : فإن زال الملك عن فلان ، فحدث الفعل المحلوف عليه : لا يحنث بالاتفاق . وأما في حال وجود الملك فيحنث وهو الحكم المقرر في ظاهر الرواية عند الحنفية لأن هذه اليمين عقدت على المنع من الفعل في ملك فلان ، فيعتبر الملك القائم يوم الفعل . وهناك رواية أخرى في النوادر عن محمد ، ورواية أخرى أيضاً عن أبي يوسف .

لكن إذا حلف « لا يكلم زوج فلانة أو امرأة فلان أو صديق فلان ، أو ابن فلان ، أو أخ فلان » فإن ذلك يقع على ما كان متحققاً وقت الحلف ، ولا يشمل ما يحدث من زوجية وصداقة وولد في المستقبل ، فإن زال عقد النكاح ورابطة الصداقة ، فكلم المحلوف عليه حنث بالاتفاق .

وإذا حلف على ما في ملك فلان مع التعيين بالإشارة ، كأن قال : « لا أدخل دار فلان هذا ، أولا أركب دابة فلان هذا ، أو لا ألبس

ثوب فلان هذا » فباع فلان داره أو دابته ، أو ثوبه ثم دخل أو ركب أو لبس بعد زوال الملك عن فلان : لم يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن يعني عين ذلك الشيء خاصة . وقال محمد : يحنث وإن زال ملك فلان إلا أن يعني ما دامت ملكاً لفلان ، فأبو حنيفة وأبو يوسف اعتبرا الاشارة وإضافة الملك لفلان معاً وقت حدوث الفعل للحكم بالحنث فما لم يوجدا لا يحنث . ومحمد يعتبر الاشارة فقط .

وقد اتفقوا على أنه لو حلف « لا أكلم هذا الشخص » أو « لا أدخل هذه الدار » أو « لا أركب هذه الدابة » حنث ؛ لأنه تعتبر العين المشار إليها [١] .

مبحثان ملحقان بهذا المطلب

المبحث الأول : — الحلف على فعل صادر من غير الحالف :

إذا حلف إنسان « لا يلبس مما يشتريه فلان » فاشتراه فلان مع غيره : لم يحنث ، لأنه لبس ثوباً اشترى فلان بعضه لا كله .

ولو حلف « لا يأكل مما يشتريه فلان » فاشتراه فلان مع غيره فأكل منه حنث ، لأنه قد أكل ما اشتراه فلان ، لأن بعض الطعام طعام حقيقة ، ويسمى أيضاً طعاماً عرفاً . وهذا بخلاف ما إذا حلف « لا يدخل دار فلان » فدخل داراً بينه وبين آخر ، فإنه لا يحنث ، لأن بعض الدار لا يسمى داراً . وكذلك لو حلف « لا يلبس ثوباً لفلان أو يشتريه فلان ، أو نسجه فلان » فلبس ثوباً اشتراه فلان مع آخر ، أو نسجه مع غيره ، لأن بعض الثوب لا يسمى ثوباً .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٧٩ .

أما لو حلف « لا يلبس من نسج فلان » فنسجه فلان مع غيره ، فإنه يحنث ؛ لأنه يقال عنه من نسج فلان .

ولو حلف « لا يأكل من طبيخ فلان ، أو من خبز فلان » فأكل مما طبخ فلان مع غيره أو من خبز مشترك بينه وبين غيره ، حنث ، لأن كل جزء من الطبيخ طبيخ ، وكل جزء من الخبز يسمى خبزاً .

أما لو حلف « لا يأكل من قِدْر طبخها فلان » فأكل مما طبخ فلان مع غيره فلا يحنث ، لأن كل جزء من القِدْر ليس بقدر .

وكذا لو حلف « لا يأكل لفلان رغيفاً » فأكل رغيفاً مشتركاً : لا يحنث ، لأن بعضه لا يسمى رغيفاً . والمقصود من الخباز : هو الذي يضرب الخبز في التنور أو الفرن ، دون من عجنه وبسطه . وأما الطابخ : فهو الذي يوقد النار ، دون الذي ينصب القدر ، ويصب الماء واللحم فيه ، لأن ذلك من مقدمات الطبخ ، لأن الطبخ ما ينضج به اللحم ، وذلك يحصل بإيقاد النار .

ولو حلف « **لا يأكل من كسب فلان** » فالكسب : ما صار ملكاً للإنسان بفعله أو بقوله ، مثل الاستيلاء على المباحات ، والاصطياد ، والبيع ، والإجارة وقبول الهبة والصدقة والوصية ونحو ذلك مما يحتاج إلى قبول لترتب الأثر الشرعي عليه .

أما الميراث : فليس بكسب الوارث ، لأنه يثبت له الملك فيه من غير إرادة منه .

ولو مات المحلوف عليه ، وقد كسب شيئاً فورثه رجل ، فأكل الحالف منه : حنث ، لأنه أكل من أكساب المحلوف عليه ، وهو ليس كسباً للوارث ، فيظل منسوباً للمورث .

أما لو باع المحلوف عليه كسبه إلى رجل ، فأكل منه الحالف فلا يحنث ، لأن ملكيته انتقلت الى المشتري ، فلم يبق منسوباً إلى المالك الأصلي [١].

المبحث الثاني — فعل الغير بأمر الحالف :

لو حلف إنسان على فعل ، فقال : « **والله لا أفعل كذا** » ثم أمر غيره بأن يفعله ، ففعل ، ينظر في طبيعة المحلوف عليه :

١ — إن كان فعلا له حقوق [٢] ترجع إلى الفاعل كالبيع والشراء والإجارة ، والقسمة : لا يحنث ، لأن حقوق هذه العقود تختص بالعاقد المباشر لها دون الآمر وحينئذ لا ينسب الفعل إلى الآمر ، وإنما ينسب إلى الفاعل باعتبار أنه العاقد في الحقيقة . وأما ما يرجع للآمر فهو حكم العقد أي « الغرض والغاية من إنشائه » ففي البيع : الحكم هو انتقال ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع .

ففي هذه الزمرة من العقود لا يحنث الحالف على فعلها كما بينا الا اذا كان الحالف ممن لا يتولى القيام بهذه العقود بنفسه ، كالقاضي والسلطان ونحوهما ، فيحنث بمجرد أمر غيره بهذه الأفعال لأن المعتاد أن تتم هذه العقود بواسطة غيره .

وكذلك لو كان الوكيل هو الحالف فإنه يحنث ؛ لأن حقوق العقد راجعة إليه ، وأنه هو العاقد حقيقة ، لا الآمر .

٢ — وإن كان المحلوف عليه فعلاً ترجع حقوقه إلى الآمر ، أوكان مما ليس له حقوق ، كالنكاح والطلاق والهبة والصدقة والكسوة وقضاء

---

(١) البدائع : ٣ ص ٥٧ ، ٦٤ .

(٢) حقوق العقد : هي الأعمال التي لابد منها للوصول الى حكم العقد لتام الغاية والغرض منه ، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط .

الحقوق واقتضائها والادعاء أمام القضاء والشركة : بأن حلف لا يشارك رجلاً ، فأمر غيره بأن يعقد عقد الشركة معه ، والضرب والذبح والقتل والبناء والخياطة والنفقة ونحوها - فإذا فعل الحالف هذه الأفعال بنفسه ، أو أمر غيره ففعل ، حنث لأن ما لاحقوق له أو ترجع حقوقه إلى الآمر ، لا إلى الفاعل ينسب إلى الآمر ، لا إلى الفاعل .

وأما عقد الصلح : ففيه روايتان عن أبي يوسف : في رواية إذا حلف لا يصالح ، فوكل بالصلح لم يحنث ؛ لأن الصلح عقد معاوضة كالبيع . وفي رواية : أنه لا يحنث ؛ لأن الصلح إسقاط حق كالإبراء .

فإن قال الحالف في زمرة الأفعال التي ترجع الحقوق فيها الى الآمر كالنكاح والطلاق : « نويت أن أباشر ذلك بنفسي » يصدق ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ، لاقضاء ، لأنه نوى مايحتمله كلامه إلا أنه خلاف الظاهر .

ولو قال الحالف فيما لا حقوق له كالضرب والذبح : « عنيت أن أباشر ذلك بنفسي » يصدق ديانة وقضاء ، لأنه نوى حقيقة كلامه ، لأن الضرب والذبح من الأفعال الحقيقية لا الحكمية أو الاعتبارية ، فكانت العبرة فيه لمباشرة الفعل [١] .

(١) البدائع : ٣ ص ٨٢ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٤٠١ .

المطلب الحادي عشر

الحلف على أمور شرعية

الكلام في المطالب السابقة كان محصوراً في الحلف على الأمور العادية التي يمارسها الإنسان عادة بحكم تقلب شؤونه في هذه الحياة . وهذا المطلب مخصص للبحث عن أحوال اليمين التي يحلفها الحالف على الأمور الشرعية ، باعتبار أن الشارع له حكم فيها من ناحية الصحة والفساد ، مثل البيع والشراء والهبة والعارية والصدقة والقرض والتزويج والصلاة والصوم ونحو ذلك .

الحلف على عدم شراء الذهب والفضة : إذا حلف شخص « لا يشتري ذهباً ولا فضة » ـ فاشترى عملة نقدية فضية كالدراهم في الماضي ، أو ذهبية كالدنانير ، أو آنية أو سبيكة أو حليا مصوغاً أو غير ذلك مما هو ذهب أوفضة : فإنه يحنث عند أبي يوسف . وقال محمد : لا يحنث في الدراهم والدنانير .

وسبب الخلاف هو أن أبا يوسف يعتبر الحقيقة اللغوية في هذه الأمور . ومحمد : يعتبر العرف السائد عند الناس .

عدم شراء الصوف . لوحلف لايشتري صوفاً ، فاشترى شاة على ظهرها صوف : لم يحنث . والقاعدة في مثل هذا : أن من حلف لا يشتري شيئاً ، فاشترى غيره ، ودخل المحلوف عليه في البيع تبعاً : لم يحنث ، وإن دخل مقصوداً يحنث . والصوف ههنا لم يدخل في العقد

مقصوداً لأن التسمية لم تتناول الصوف، وإنما دخل في العقد تبعاً للشاة[١].

عدم الهبة والصدقة ونحوهما : لو حلف لا يهب لفلان شيئاً ، أو لا يتصدق عليه ، أو لا يعيره ، أو لا ينحل له أو لا يعطيه ، ثم وهب له أو تصدق عليه ، أو أعاره أو نحله أو أعطاه فلم يقبل المحلوف عليه : يحنث عند جمهور الحنفية . وعند زفر : لا يحنث .

وأما القرض : فقد روي عن محمد أنه لا يحنث مالم يقبل، وعن أبي يوسف روايتان : في رواية مثل قول محمد ، وفي رواية : يحنث من غير قبول ، وهو الأرجح ، لأن القرض لا تتوقف صحته على تسمية عوض ، فهو كالهبة . ووجه قول محمد : أن القرض يشبه البيع ، لأنه تمليك بعوض .

عدم البيع والاجارة ونحوهما : إن حلف الشخص على عقد فيه عوض كالبيع والإجارة والصرف والسلم ونحوها ، ففعل الحالف ، ولم يقبل الآخر : لا يحنث .

والفرق بين عقود التبرعات كالهبة ونحوها ، وعقود المعاوضات كالبيع ونحوه : هو أن التبرعات تفيد التمليك من جانب واحد وهو المتبرع ، وأما القبول فهو شرط لثبوت الحكم في حق الجانب الآخر أي أنه شرط فقط لترتب الأثر الشرعي على العقد : وهو انتقال الملكية بالنسبة إليه ، فاذا وجد ما يطلق عليه اسم العقد لغة واصطلاحاً عند الفقهاء ، فيحنث .

وأما المعاوضات : فلا تفيد التمليك إلا بإرادة المتعاقدين لغة وشرعاً فلا يتحقق وجود اسم العقد إلا بوجود الإيجاب من أحد المتعاقدين ، والقبول من المتعاقد الآخر ، وحينئذ يحنث .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٨١ .

فإذا كان البيـع صحيحاً وتم قبول المشتري : يحنث الحالف ، وكذلك يحنث إن كان البيـع فاسداً إن تحقق قبول المشتري وقبض المبيـع فعلاً لأن اسم البيـع يتناول الصحيـح والفاسد : وهو مبادلة شيء مرغوب فيه بشيء مرغوب فيه .

ولو باع بيعاً فيه خيار للبائع أو للمشتري : حنث عند محمـد ، ولم يحنث عند أبي يوسف . وجه قول محمد : أن البيـع كما يطلق على البيـع البات أي الذي لاخيار فيه ، يطلق أيضاً على البيـع الذي فيه خيار ، فإن كل واحد منهما يسمى بيعاً في عرف الناس ، إلا أن انتقال الملكية في بيـع الخيار يتوقف على أمر آخر هو إجازة البيـع أو سقوط الخيار فأشبه البيـع الفاسد .

ووجه قول أبي يوسف : أن وجود شرط الخيار يمنع نقل الملكية ، فأشبه ذلك حالة وجود الايجاب فقط من أحـد المتعاقدين دون القبول (١) .

الحلف على عدم الزواج : لو حلف « لا يتزوج هذه المرأة » فيقع ذلك على الزواج الصحيـح دون الفاسد ، فلو تزوج المرأة بنكاح فاسد : لا يحنث ، لأن المقصود من النـكاح هو حل المرأة ، ولا يثبت الحل بالفاسد ، بخلاف البيـع ، فإن المقصود منه الملك ، ويثبت الملك بالفاسد .

الحلف على عدم الصلاة والصوم : وكذلك لو حلف لا يصلي ولا يصوم ، فيقع على الصحيـح دون الفاسد ، حتى لو صلى بغير طهارة أو صام بغير نية : لا يحنث ، لأن المقصود منه التقرب إلى الله سبحانـه وتعالى ، ولا يحصل ذلك بالفاسد من الصلوات أو الصيام .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ٨٣ .

أما إذا حلف في الماضي بأن قال : « والله ما تزوجت » أو « ما صليت » أو « ما صمت » فإنه يقع على الصحيح والفاسد ، لأن القصد من ذلك هو الإخبار عن الصلاة وغيرها ، واسم الصلاة أو النكاح أو الصوم يطلق على الصحيح والفاسد ، فإن قصد الصحيح صدق قضاء .

ولو حلف « **لا يصلي** » فكبر ، ودخل في الصلاة : لم يحنث حتى يركع ويسجد سجدة استحساناً ، لأن الصلاة أفعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود ؛ والمتركب من أجزاء مختلفة : لا يوجد ما لم يكتمل كله ، فما لم توجد هذه الأفعال كلها لا يوجد فعل الصلاة ، وبالتالي لايسمى مصليا . وهذا بخلاف الصوم : ففي صوم ساعة يحصل فعل الصوم .

وبخلاف ما لو حلف « **لا يصلي صلاة** » لا يحنث ، ما لم يصل ركعتين ، لأن أدنى الصلاة ركعتان .

ولو حلف « **لا يصلي الظهر** » : لا يحنث ما لم يتشهد الشهود الأخير لأن صلاة الظهر مقدرة بأربع ركعات ، فما لم توجد الأربع ، لا توجد الظهر .

ولو حلف « **لا يصوم** » فأصبح صائماً لمدة ساعة ثم أفطر : يحنث لأنه يسمى صائماً بصوم ساعة واحدة ، إذ الصوم هو الإمساك عن المفطرت على قصد التقرب ، وبذلك وجد شرط الحنث .

ولو حلف « **لا يصوم يوماً** » : لا يحنث حتى يصوم يوماً كاملًا ، لأنه جعل شرط الحنث صوماً مقدراً باليوم .

ولو حلف « **لا يصوم صوماً** » : لم يحنث ما لم يصم اليوم ؛ لأن أقل الصوم الشرعي يوم كامل .

ولو حلف « **ليفطرن عند فلان** » فأفطر بالماء في منزله ، ثم تعشى عند فلان : حنث ، لأن شرط بره هو الإفطار عند فلان ، والإفطار اسم لما يضاد الصوم أي نقيض الصوم ، وقد حصل ذلك المعنى بالإفطار في منزله بالماء . أما إن نوى بالإفطار تناول العشاء عند فلان : لا يحنث لأنه نوى به أمراً متعارفاً — يقال : « فلان يفطر عند فلان » إذا كان يتعشى عنده ، حتى ولو كان أصل الإفطار يقع في منزله .

الحلف على « **عدم الحج** » : ولو حلف « **لا يحج** » أو « **لا يحج حجة** » : لا يحنث حتى يطوف طواف الزيارة ، لأن الحج عبادة مركبة من أجناس أفعال من الوقوف بعرفة ، والطواف والسعي وغير ذلك ، فيكون اسم الحج واقعاً على كل الأفعال حقيقة ، لا على البعض ، وللأكثر حكم الكل ؛ فإذا طاف أكثر الطواف : حنث .

ولو حلف « **لا يعتمر** » فأحرم ، وطاف أربعة أشواط : حنث ، لأنه وجد الأكثر ، وللأكثر حكم الكل كما بينا ، فإن جامع الرجل امرأته في الحج : لا يحنث ، لأن الحج : قربة إلى الله تعالى ، فتنعقد اليمين على الحج الذي هو قربة أي عبادة : وهو الحج الصحيح لا الفاسد لأن الفاسد ليس بقربة (١) .

---

(١) البدائع : ٣ ص ٨٤ وما بعدها ، تحفة الفقهاء ، الطبعة القديمة : ٢ ص ٤٨ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ٩٣ وما بعدها ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ١٠٨ وما بعدها .

النـــذور

خطة الموضوع :

نتكلم في هذا البحث عـــن ثلاثة أمور : تعريف النذر وشروط النذر ، وحكم النذر .

آ ــ **تعريف النذر وركنه** : النذر لغة : الوعد بخير أو شر ، وشرعاً : الوعد بخير خاصة .

وقال بعضهم : هو التزام قربة لم تتعين [١] وركنه عند الحنفية : هو الصيغة الدالة عليه مثل قول الشخص : « لله علي كذا » أو « علي كذا »أو « علي نذر » أو « هذا هدي » أو « صدقة » أو « مالي صدقة » أو « ما أملك صدقة » ونحو ذلك [٢] .

ب ــ **شروط النذر** : هنـــاك شروط في الناذر وشروط في المنذور به :

أما شروط الناذر فهي ما يأتي [٣] :

اولاً : الاهلية من العقل والبلوغ : فلا يصح نذر المجنون والصبي غير المميز والصبي المميز ، لأن هؤلاء غـير مكلفين بشيء من الأحكام الشرعية ، فليسوا أهلًا للالتزام .

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٥٤ وقال الراغب : النذر أن توجب على نفسك ماليس بواجب لحدوث أمر .

(٢) البدائع : ٥ ص ٨١ .

(٣) انظر البدائع ، المرجع السابق : ص ٨١ وما بعدها ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٦١ .

ثانياً : الاسلام : فلا يصح نذر الكافر ، حتى لو نذر ، ثم أسلم . لا يلزمه الوفاء بنذره لعدم أهليته للقربة أو التزامها .

وأما الحرية فليست بشرط لصحة النذر ، فيصح نذر المملوك . وكذلك الاختيار أو الطواعية ليس بشرط عند الحنفية ، وهو شرط عند الشافعية فلا يصح نذر المكره عندهم لخبر : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » (١) .

وأما شروط المنذور به فهي ما يلي (٢) :

أولا : أن يكون المنذور به متصور الوجود في نفسه شرعاً :

فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعاً كمن قال : « لله علي أن أصوم ليلاً » أو قالت المرأة : « لله علي أن أصوم أيام حيضي » لأن الليل ليس محل الصوم ، والحيض مناف له شرعاً إذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعي .

ثانياً — أن يكون المنذور به قربة : فلا يصح النذر بما ليس بقربة كالنذر بالمعاصي بأن يقول : « لله علي أن أشرب الخمر » أو « أقتل فلاناً » أو « أضربه » أو « أشتمه » وهذا باتفاق الأئمة الأربعة وغيرهم (٣) لقوله ﷺ : « لانذر في معصية الله ، ولا فيما لايملكه ابن آدم » (٤)

---

(١) رواه الطبراني في الكبير عن ثوبان ، وهو حديث صحيح ، وروي عن غيره ، وقد سبق تخريجه ، وهو بلفظ : « إن الله تجاوز عن أمتي ثلاثة : الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه »

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ٨٢ وما بعدها .

(٣) انظر بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٩ ، المحلى : ٨ ص ٣ ، مختصر الطحاوي : ص ٣١٦ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٥٤ ، المغني : ٩ ص ٣ ، المهذب : ١ ص ٢٤٢ .

(٤) رواه مسلم وأبو داود والنسائي عن عمران بن حصين رضي الله عنه ، وروى النسائي وأبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لانذر ، ولايمين فيما لاتملك ، ولا في معصية ، ولا في قطيعة رحم »(نصب الراية: ٣ ص ٣٠٠ ، جامع الأصول : ١٢ ص ١٨٨ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٣٨) .

وقوله عليه السلام : « لانذر إلا ما يبتغى به وجه الله » [١] وقوله أيضاً « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه » [٢] ولأن حكم النذر وجوب المنذور به ، ووجوب فعل المعصية محال .

وكذلك لا يلزم النذر بالمباحات من الأكل والشرب واللبس والركوب وطلاق المرأة ، لأن هذه الامور ليست قربة لله ، فلا تلزم بالنذر .

ثالثاً – أن يكون قربة مقصودة : فلا يصح النذر بعيادة المرضى وتشييع الجنائز والوضوء وتكفين الميت والاغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والأذان وبناء الرباطات [٣] والمساجد ونحو ذلك ، لأن هذه الأمور ، وإن كانت قُرَباً لله إلا أنها ليست قربا مقصودة لذاتها عادة . ومن المعلوم أن النذر قربة مقصودة لذاتها كاليمين ، فلا يصح نذر ماليس عبادة أو طاعة مقصودة لنفسها [٤] ، وإنما يصح نذر الصلاة والصوم والحج والعمرة والاعتكاف ونحو ذلك ؛ لأنها عبادات مقصودة ، ومن جنسها واجب شرعاً ، وقد قال النبي ﷺ : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » .

---

(١) رواه أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص (جامع الأصول ، المرجع السابق) وروى أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لانذر إلا فيا ابتغي به وجه الله تعالى » (نيل الأطار : ٨ ص ٢٤٢)

(٢) رواه البخاري وأحمد وأصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضي الله عنها (انظر تخريج وتحقيق احاديث تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤٥٩ وما بعدها للمؤلف مع الأستاذ المنتصر الكتاني)

(٣) الرباطات : المعاهد المبنية والموقوفة للفقراء .

(٤) انظر البدائع : ٥ ص ٨٢ ، فتح القدير والعناية : ٤ ص ٢٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ٣ ص ٧٣

وقال الشافعية : الصحيح انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداء كعيادة مريض وتشييع جنازة والسلام على الغير أو على نفسه إذا دخل بيتاً خالياً ، وتشميت العاطس ، وزيارة القادم ، لأن الشارع رغب فيها ، والعبد يتقرب بها ، فهي كالعبادات . وأما القرب التي يجب جنسها بالشرع كالصلاة والصوم والحج : فإنها تلزم بالنذر قطعاً بدون خلاف ، وكون الاعتكاف يلزم بالنذر وهو أنه يوجد من جنسه في الشرع ما هو واجب وهو الوقوف بعرفة والقعدة الأخيرة في الصلاة ، فهذان يعتبران مكثاً كالاعتكاف (١) .

ولو قال شخص : « **لله عليّ أن أصوم يوم النحر ، أو أيام التشريق** » يصح نذره عند أبي حنيفة وصاحبيه ، لأنه نذر بقربة مقصودة ، فيصح النذر ، كما لو نذر بالصوم في غير هذه الأيام .

وقال جمهور العلماء وزفر من الحنفية : لايصح نذر يوم العيد أو أيام التشريق ، لأنه نذر بما هو معصية ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوم في هذه الأيام ، فقال : « ألا لاتصوموا ، فإنها أيام أكل وشرب » (٢) والمنهي عنه يكون معصية ، والنذر بالمعاصي لايصح بدليل قوله عليه السلام : « لانذر في معصية الله ، ولا فيما لايملكه ابن آدم » (٣) .

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٧٠ .

(٢) هذا الحديث رواه أصحاب السنن وابن حبان والحاكم والبزار عن عقبة بن عامر بلفظ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أيام التشريق : أيام أكل وشرب وصلاة فلا يصومها أحد » وروى البخاري ومسلم وأحمد عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى عليه وسلم أنه نهى عن صوم يومين : يوم الفطر ويوم النحر » (راجع تخريج أحاديث تحفة الفقهاء للمؤلف مع الاستاذ الكتاني : ١ ص ٢٩٦) .

(٣) المراجع السابقة في الصفحة ١١٤ رقم (٣) ، البدائع : ٥ ص ٨٣ .

ولو قال : « لله على أن أحج ماشيا » يلزمه الحج ماشياً باتفاق الفقهاء ، لأنه التزم المشي ، وفيه زيادة قربة ، قال عليه السلام : « من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم، قيل : وما حسنات الحرم ؟ قال النبي ﷺ : واحدة بسبعمائة » [١] فإن عجز عن المشي ركب ، وعليه دم عند الحنفية والمالكية والشافعية ، وفي رواية عن أحمد. وأضاف مالك رضي الله عنه أن الناذر يرجع عند العجز ، ثم يمشي مرة أخرى من حيث عجز ، والدم عنده أي الهدي هو بدنة أو بقرة ، أو شاة إن لم يجد بقرة أو بدنة [٢] . ودليل هذه المسألة ماروى ابن عباس رضي الله عنهما عن عقبة بن عامر أن أخته نذرت أن تمشي إلى بيت الله الحرام ، فأتى النبي ﷺ ، فسأله ، فقال : « إن الله لغني عن نذر أختك ، لتركب ، ولتهد بدنة » [٣] ولأن المشي صار بالنذر نسكاً واجباً ، فوجب بتركه الدم كالإحرام من الميقات .

---

(١) رواه ابن خزيمة والحاكم وقال : صحيح الإسناد عن زاذان رضي الله عنه ، ولفظه مختصراً « من حجّ من مكة ماشياً حتى يرجع إلى مكة كتب الله له بكل خطوة سبعمائة حسنة ، كل حسنة مثل حسنات الحرم . قيل : وما حسنات الحرم ؟ قال : بكل حسنة مائة ألف حسنة » (الترغيب والترهيب: ٢ ص ١٦٦) .

(٢) انظر البدائع : ص ٨٤ ، بداية المجتهد : ١ ص ٤١١ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٦٣ ومابعدها ، المهذب : ١ ص ٢٤٥ وما بعدها، المغني: ٩ ص ٨ .

(٣) رواه أبو داود عن عبد الله بن عباس بهذا اللفظ ، ورواه أحمد وأبو يعلى الموصلي في مسنديهما بلفظ : « إن الله غني عن نذر أختك ، لتركب ، ولتهد بدنة » قال الحافظ ابن حجر : اسناده صحيح ، ورواه أحمد وأصحاب الكتب الستة عن عقبة بن عامر بلفظ « لتمش ولتركب » وفي رواية « إن الله تعالى لايصنع بشقاء أختك شيئاً ، مرها فلتختمر ، ولتركب ، ولتصم ثلاثة أيام » (جامع الأصول : ١٢ ص ١٨٥ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٩ ، نصب الراية : ٣ ص ٣٠٥ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٦ ، سبل السلام : ٤ ص ١١٣) .

والأرجح عند الحنابلة أنـه إذا عجز عن المشي ركب وعليه كفارة يمين ، لأن النبي ﷺ قال لأخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي إلى بيت الله : « لتمش ولتركب ، ولتكفر عن يمينها » أخرجه أبو داود، وفي رواية الجوزجاني والترمذي وبقية أصحاب السنن : « فلتصم ثلاثة أيام » ولقوله عليه السلام : « كفارة النذر كفارة يمين » [١] ولأن المشي مما يوجبه الإحرام فلم يجب الدم بتركه ، وحديث الهدي ضعيف كما أشرنا في الحاشية .

رابعاً : أن يكون المال المنذور به مملوكاً للناذر وقت النذر ، أو يكون النذر مضافاً إلى الملك ، أو إلى سبب الملك : فلو نذر في الحال بصدقة مالا يملكه لايصح ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لانذر فيما لايملكه ابن آدم » ولو أضاف النذر إلى الملك مثل : كل مال أملكه في المستقبل فهو صدقة ، أو أضافه إلى سبب الملك مثل : كل ماأشتريه أو أرثه فهو صدقة : يصح النذر عند الحنفية خلافاً للشافعي رحمه الله لقوله عز وجل : « ومنهم من عاهد الله : لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين » إلى قوله تعالى : « فأعقبهم نفاقاً في قلوبهم إلى يوم يلقونه بمـا أخلفوا الله ماوعدوه وبما كانوا يكذبون » فهذه الآية الشريفة تدل على صحة النذر المضاف إلى الملك [٢] .

ودليل الشافعي على أنه لايصح النذر بالتصدق بما لايملكه الانسان :

---

(١) رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي عن عقبة بن عامر بلفظ « كفارة النذر كفارة يمين » وهو حديث صحيح وهناك روايات أخرى استوفيناها في تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤٦٤ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٥ ص ٩٠

هو حديث عمران بن الحصين أن النبي ﷺ قال : « لا نذر في معصية الله ، ولا فيما لايملكه ابن آدم »[١] .

خامساً : أن لايكون المنذور فرضاً أو واجباً : فلا يصح النذر بشيء من الفرائض ، سواء أكان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان ، أو فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة ، ولا بشيء من الواجبات سواء أكان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والأضحية أو كفائياً كتجهيز الموتى وغسلهم ورد السلام ، لأن إيجاب الواجب لايتصور[٢] .

حـ ــ حكم النذر : هذا البحث يتطلب الكلام في أمور ثلاثة هي : أصل الحكم ، وفيه تعرف أدلة مشروعية النذر ، ووقت ثبوت الحكم ، وكيفية ثبوت الحكم .

أ ــ أصل حكم النذر : اختلف العلماء : هل النذر مكروه أوقربة ؟ فقال بعضهم : النذر تقرب ، وقال الأكثرون : إنه مكروه كراهة تنزيه لاتحريم ، فلا يستحب بدليل ماروى ابن عمر عن النبي ﷺ « أنه نهى عن النذر ، وقال : إنه لايرد شيئاً ، وإنما يستخرج به من البخيل » وفي لفظ : « إنه لايأتي بخير وإنما[٣] ... الخ » ولأن النذر لو كان

---

(١) المهذب : ١ ص ٢٤٢

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن إلا الترمذي عن ابن عمر وصح أيضاً مسنداً فيما يرويه الجماعة إلا أبا داود من طريق أبي هريرة . قال الخطابي : معنى نهيه عليه السلام عن النذر إنما هو تأكيد لأمره وتحذير عن التهاون به بعد إيجابه ، ولو كان معناه الزجر عنه حتى لايفعل لكان في ذلك إبطال حكمه وإسقاط لزوم الوفاء به ، إذ كان بالنهي عنه قد صار معصية ، فلا يلزم الوفاء به : أي أن الحديث متأول وليس على ظاهره ، وبمثل ذلك قال ابن الأثير في النهاية ، وأضاف بقوله : وإنما وجه الحديث أنه قد أعلمهم أن ذلك أمر لايجر لهم في العاجل نفعاً ، ولا يصرف عنهم ضراً ، ولا يرد قضاء ، =

مستحباً لفعله النبي ﷺ وأفاضل أصحابه ، لكن مع ذلك من نذر طاعة لله عز وجل لزمه الوفاء بها بأدلة من القرآن والسنة والمعقول [١] .

أما القرآن : فقوله تعالى : « وليوفوا نذورهم » « يوفون بالنذر ويخافون يوماً كان شره مستطيرا » « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً » « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم » والنذر نوع من العهد من الناذر مع الله عز وجل ، والعقود : العهود .

وأما السنة : ـ فقوله عليه السلام : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » وقوله عليه الصلاة والسلام « من نذر وسمى [٢] فعليه الوفاء بما سمى » [٣] وكلمة « على » تفيد الإيجاب .

وأما المعقول : فهو أن المسلم يحتاج إلى أن يتقرب إلى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التي يجوز له تركها ، وذلك طمعاً في نيل الدرجة العليا عند الله تعالى ، وبما أن النذر يوجب فعل المنذور به ، فيكون ذلك طريقاً لإلزام النفس فعل الشيء ومنعها من الترك ، فيتحقق المقصود للناذر .

= فلا تنذروا على أنكم تدركون بالنذر شيئاً لم يقدره الله لكم أو تصرفون به عنكم ماجرى به القضاء عليكم ، فإذا فعلتم ذلك فاخرجوا عنه بالوفاء فإن الذي نذرتموه لازم لكم . وقيل : الحديث على ظاهره فإنه صريح بكراهة النذر ، لأنه إنما يفعله البخيل يستخرج به من ماله مالا تسخوبه نفسه إلا قهراً إذا تحقق غرضه المنذور عليه . (راجع المحلى : ٨ ص ٤ ، جامع الأصول : ١٢ ص ١٨١ ، ٢٤٣ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٠ ، سبل السلام : ٤ ص ١١٠)

(١) المحلى : ٨ ص ٣ ، المغني : ٩ ص ١ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٥٤ ، البدائع : ٥ ص ٩٠ ، بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٦٢ .

(٢) أي سمى شيئاً يفعله كالصلاة والصوم والحج ونحوها من الطاعات .

(٣) قال الزيلعي في نصب الراية : ٣ ص ٣٠٠ عن هذا الحديث : غريب . وفي وجوب الوفاء بالنذر أحاديث ذكر منها أحاديث ابن عباس وعائشة وابن عمر وعمرو بن شعيب عن ابيه عن جده (وراجع أيضاً فتح القدير : ٤ ص ٢٧)

وقد فصل الحنفية حكم مايجب الوفاء به بحسب تسمية المنذور به وعدم تسميته فقالوا :

آ — **إن نذر الناذر وسمى المنذور به** : — مثل : « لله علي حج أو عمرة » أو قال : « إن شفى الله مريضي فعلي صدقة مائة ليرة » فيجب عليه الوفاء بما سمى ، سواء — كما لاحظنا — أكان النذر مطلقاً أو معلقاً بشرط ، ولا تجزىء عنه الكفارة .

وقال الشافعية [١] : إذا كان النذر معلقاً بشرط يفرق بين مايريد الناذر وقوعه ، وبين مالا يريد وقوعه أي يفرق بين نذر التبرر ، ونذر اللجاج.

ونذر التبرر [٢] : بأن يلتزم الإنسان قربة إن حدثت نعمة أو ذهبت نقمة ، مثل : إن شفى الله مريضي فلله علي صوم أونحوه ، ففي هذا النوع يلزم الناذر بالوفاء بنذره إذا حصل الشرط المعلق عليه .

ونذر اللجاج [٣] ويسمى أيضاً يمين اللجاج ، والغضب ، ويمين الغلق : هو الذي خرج مخرج اليمين بأن يقصد الناذر حث نفسه على فعل شيء أو منعها منه غير قاصد للنذر ولا القربة . مثل : إن كلمت فلاناً فلله علي صوم أو نحوه ، فالأظهر في هذا النوع أن الناذر بالخيار : إن شاء وفى بما التزم ، وإن شاء كفر كفارة يمين ، وهذا هو المقصود بحديث : « كفارة النذر كفارة يمين » [٤] فبما أنه لا كفارة في نذر التبرر قطعاً ،

---

(١) راجع مغني المحتاج : ٤ ص ٣٥٥ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٢٤٣ .

(٢) هو تفعل من البر ، سمي بذلك ، لأن الناذر طلب به البر والتقرب الى الله تعالى .

(٣) اللجاج : هو التماحك والتمادي في الخصومة ، سمي بذلك لوقوعه حال الغضب .

(٤) رواهمسلموأحمد وأبو داود والنسائيوالترمذي،وزاد فيه: «إذا لم يسمه» وصححه عن عقبة بن عامر بهذا اللفظ قال ابن حجر : وهو صحيح ، وروي بألفاظ أخرى عن عائشة وابن عباس وعمران بن حصين وأبي هريرة (راجع سبل السلام: ٤ ص ١١١ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٣ وما بعدها ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٥ ، الإلمام : ص ٣٠٩ ، تخريج أحاديث التحفة : ٢ ص ٤٦٥)

فتعين أن يكون المراد بالحديث نذر اللجاج .

وقال الحنابلة : حكم نذر اللجاج والغضب حكم اليمين [١] قال عليه السلام : « لانذر في غضب ، وكفارته كفارة يمين » [٢] . وقال الامام مالك : النذر لازم على أي جهة وقع [٣] .

ب - **وإن كان النذر لاتسمية فيه** : أي أن المنذور به غير مسمى ، فحكمه وجوب مانواه الناذر إن نوى شيئاً ، سواء أكان النذر مطلقاً عن الشرط أو مقيداً بشرط ، بأن قال : « لله علي نذر » أو قال : « إن فعلت كذا فالله علي نذر » فإن نوى صوماً أو صلاة أو حجاً أو عمرة لزمه الوفاء به للحال حالة كون النذر مطلقاً ، وعند وجود الشرط إذا كان النذر معلقاً بشرط ، ولا تجزىء كفارة اليمين .

وإن لم تكن هناك نية عند الناذر وهو النذر المبهم ، فعليه كفارة اليمين . وهذه الكفارة تجب حالاً إذا كان النذر مطلقاً عن الشرط ، فإن كان معلقاً على شرط فتجب الكفارة عند تحقق الشرط . ودليل ذلك قوله عليه السلام : « النذر يمين ، وكفارته كفارة يمين » [٤] .

---

(١) المغني : ٩ ص ٢ .

(٢) رواه النسائي عن عمران بن الحصين رضي الله عنه (راجع المحلى : ٨ ص ٨ ، جامع الأصول : ١٢ ص ١٨٩ وما بعدها) ورواه الطبراني في الكبير والأوسط عن ابن عباس بلفظ « ولا يمين في غضب » (مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٦) .

(٣) بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٩ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٦١ .

(٤) نص الحديث: هو ما رواه مسلم وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن ابن عباس مرفوعاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من نذر نذراً لم يسمه ، فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً في معصية الله فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً لايطيقه فكفارته كفارة يمين ، ومن نذر نذراً أطاقه فليف به » وهناك روايات أخرى مثل حديث عقبة بن عامر : « كفارة النذر كفارة يمين » (راجع تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤٦٤ وما بعدها) وقد سبقت الاشارة إلى ذلك .

ووجوب الكفارة مقرر عند الحنفية سواء أكان الشرط الذي علق به النذر مباحاً أو معصية ويجب عليه أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه [١] لقوله عليه السلام : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها ، فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه » [٢] .

وإذا كان النذر مبهماً ونوى الناذر فيه صياماً ولم ينو عدداً معيناً : فعليه صيام ثلاثة أيام .

وإن نوى في قوله « لله علي نذر » طعاماً ولم ينو عدداً : فعليه طعام عشرة مساكين - لكل مسكين نصف صاع من حنطة أي حوالي نصف رطل شامي .

ولو قال : « لله علي صدقة » فعليه نصف صاع .

ولو قال : « لله علي صوم » فعليه صوم يوم .

ولو قال : « لله علي صلاة » فعليه ركعتان .

والعلة في حكم هذه الصور : هو أن النذر لم يذكر فيه التقدير ، فاعتبر أدنى ماورد به الأمر في الشرع ، لأن النذر يعتبر بحسب ماجاء به الأمر .

نذر المباح ونذر المعصية :

إذا نذر الانسان فعل مباح كما إذا قال : « لله علي أن أمشي إلى بيتي » أو « أركب فرسي » أو ألبس ثوبي » أو نذر ترك مباح كأن لا يأكل الحلوى : لم يلزمه الفعل ولا الترك لخبر أبي داود : « لا نذر

(١) راجع مذهب الحنفية بهذا التفصيل في المبسوط : ٨ ص ١٣٦ ، البدائع : ٥ ص ٩٠ - ٩٢ ، فتح القدير : ٤ ص ٢٧ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٦٠

(٢) رواه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه عن عدي بن حاتم . ورواه آخرون عن غيره ، وقد سبق تخريجه (انظر نيل الأوطار : ٨ ص ٢٣٧) .

إلا فيما ابتغي به وجه الله تعالى »[١] ولخبر البخاري عن ابن عباس « بينما النبي ﷺ يخطب إذ رأى رجلاً قائماً في الشمس ، فسأل عنه ، فقالوا : هذا أبو إسرائيل ، نذر أن يصوم ولا يقعد ، ولا يستظل ولا يتكلم ، قال : مروه فليتكلم وليستظل ، وليقعد ، وليتم صومه »[٢] وعن أبي هريرة قال : « نذرت امرأة أن تمشي إلى بيت الله الحرام ، فسئل نبي الله ﷺ عن ذلك ، فقال : إن الله لغني عن مشيها ، مروها فلتركب »[٣] وأجاب جمهور الفقهاء عن حديث المرأة التي قالت للنبي ﷺ حين قدم المدينة « إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال لها : أوفي بنذرك »[٤]: بأنه صار ذلك من القرب لما حصل السرور للمسلمين بقدومه ﷺ وأغاظ الكفار ، وأرغم المنافقين .

ولكن ناذر المباح إن خالف مقتضى نذره فهل عليه كفارة ؟ قال الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح : لا كفارة عليه لعدم انعقاد النذر . وقال الحنابلة : يتخير ناذر المباح بين فعله فيبر ، لحديث المرأة التي نذرت

---

(١) رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (انظر تخريج أحاديث تحفة الفقهاء) : ٢ ص ٤٦١ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٢ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٦) .

(٢) وأخرجه أيضاً مالك وابن ماجه وابو داود (انظر تخريج أحاديث التحفة ، المرجع السابق ، جامع الاصول : ١٢ ص ١٨٤ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٢ ، الإلمام ص ٣١١) ورواه الطبراني فيالأوسط عن جابر بن عبد الله ، وفيه حجاج بن أرطاة وهو مدلس (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ١٨٧) .

(٣) رواه الترمذي عن أبي هريرة ، وقال : هذا حديث صحيح .ولم يأمرها بكفارة (جامع الاصول : ١٢ ص ١٨٦) .

(٤) أخرجه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن بيه عن جده (جامع الأصول ، المصدر السابق : ص ١٨٨ ، نصب الراية : ٣ ص ٣٠٠) .

أن تضرب بالدف السابق ذكره ، وبين تركه وعليه كفارة يمين ، لأنه ينعقد عندهم نذر المباح بدليل حديث الضرب بالدف [١] .

وأما إذا نذر الانسان معصية مثل « لله علي أن أشرب الخمر » أو « أقتل فلاناً » أو « أضربه » أو « أشتمه » ونحو ذلك : فلا يجوز الوفاء به إجماعاً لقوله عليه الصلاة والسلام « لانذر في معصية الله » [٢]. وهل تجب الكفارة به ؟

قال الحنفية والحنابلة : يجب على ناذر المعصية كفارة يمين ، لا فعل المعصية ، بدليل حديث عمران بن الحصين وحديث أبي هريرة الثابت عن النبي ﷺ أنه قال : « لانذر في معصية الله ، وكفارته كفارة يمين » [٣] .

وقال المالكية والشافعية وجمهور العلماء : لايلزمه في ذلك شيء ،فلا

---

(١) انظر الموضوع في رحمة الامة في اختلاف الائمة للدمشقي بهامش الميزان : ١ ص ١٤٩ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٥٧ ، المغني : ٩ ص ٥ ، تحفة الفقهاء ، الطبعة القديمة : ٢ ص ٥٠٢ ، بداية المجتهد : ١ ص ٤١٠ ، الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٦٢ الفتاوى الهندية : ٢ ص ٦١ .

(٢) أخرجه مسلم وأبو داود والنسائي والحاكم والبيهقي عن عمران بن حصين بلفظ « لا نذر في معصية ، ولا فيما لا يملك ابن آدم » وفي لفظ « لا نذر في معصية الله » عند مسلم (راجع جامع الأصول : ١٢ص ١٨٨ ، نصب الراية : ٣ ص ٣٠٠ ، مجمع الزوائد: ٤ ص ١٨٧) .

(٥) حديث عمران خرجناه في الحديث السابق رقم(٢) فقد روي بلفظ : « لانذر في معصية ، وكفارته كفارة يمين» وحديث أبي هريرة رواه أحمد وأصحاب السنن والبيهقي قال الحافظ ابن حجر : وإسناده صحيح إلا أنه معلول بأنه منقطع. ورواه أحمد وأصحاب السنن عن عائشة بلفظ « لا نذر في معصية ، وكفارته كفارة يمين » واحتج به أحمد واسحق ، وصححه الطحاوي وأبو علي بن السكن ، وضعفه جمهور المحدثين ، ورواه أبو داود عن ابن عباس بلفظ « من نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين » وإسناده حسن ، إلا أنه في الاصح موقوف على ابن عباس (انظر جامع الأصول : ١٢ ص ١٨٨ نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٣ وما بعدها ، سبل السلام : ٤ ص ١١٢) .

كفارة عليه ، لحديث عائشة عن النبي ﷺ أنه قال : « من نذر أن يطيع الله فليطعه ، ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه » وأما حديث عمران وأبي هريرة ، فقال ابن عبد البر : ضعف أهل الحديث حديث عمران وأبي هريرة ، وقالوا : لأن حديث أبي هريرة يدور على سليمان بن أرقم ، وهو متروك الحديث ، وحديث عمران يدور على زهير بن محمد عن أبيه ، وأبوه مجهول ، لم يرو عنه غير ابنه ، وزهير أيضاً عنده مناكير . وأما حديث عقبة بن عامر « كفارة النذر كفارة يمين » فهو محمول على نذر اللجاج والغضب (١) .

٢ — **وقت ثبوت حكم النذر** : أي الوقت الذي يجب فيه المنذور به ، ووقت الوجوب يختلف بحسب ما إذا كان النذر مطلقاً عن الشرط ، أو معلقاً على شرط أو مقيداً بمكان ، أو مضافاً الى وقت في المستقبل. ومن المعلوم أن المنذور به : إما أن يكون قربة بدنية كالصوم والصلاة ، أو قربة مالية كالصدقة (٢) .

فان كان النذر مطلقاً : أي غير معلق بشرط ولا مقيد بمكان أو زمان مثل : لله علي صوم شهر أو حجة أو صدقة أو صلاة ركعتين ونحوه : فيجب عليه الوفاء بالمنذور به في الحال .

وإن كان النذر معلقاً بشرط : مثل : إن شفى الله مريضي أو إن قدم فلان الغائب ،فلله علي صوم شهر أو صلاة ركعتين أو التصدق بليرة ونحو ذلك : فإذا وجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر ، لأن المعلق

---

(١) انظر الموضوع في المراجع السابقة رقم (١) رحمة الأمة : ص ١٤٧ وما بعدها مغني المحتاج : ص ٣٥٦ وما بعدها ، المغني : ص ٣ ، التحفة : ص ٥٠٢ ، فتح القدير : ٤ ص ٢٢ ، المحلى : ص٨ ، بداية المجتهد : ص ٤٠٩ وما بعدها ، الدردير : ص ١٦٢

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٩٣ ، فتح القدير : ٤ ص ٢٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٣ ص ٧٥ ، ٧٧ .

بالشرط كالمنجز ، فلو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نفلاً ، لأن المعلق بالشرط غير موجود قبل وجود الشرط .

وإن كان مقيداً بمكان بأن قال : « لله علي أن أصلي ركعتين في موضع كذا » أو « أتصدق على فقراء بلد كذا » يجوز أداؤه في غير ذلك المكان عند أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن المقصود من النذر : هو التقرب إلى الله عز وجل ، وليس لذات المكان دخل في القربة .

وإن نذر صلاة ركعتين في المسجد الحرام ، فأداها في أقل شرفاً منه أوفيما لاشرف له أجزأه عند أئمة الحنفية المذكورين ، وأفضل الأماكن: المسجد الحرام ، ثم مسجد النبي ﷺ ، ثم مسجد بيت المقدس ، ثم الجامع ثم مسجد الحي ، ثم البيت ، لأن المقصود هو القربة إلى الله ، وذلك يتحقق في أي مكان .

وخالف زفر في الحالتين : في حالة الصدقة في مكان ، وحالة الصلاة في مكان ، فإنه يتعين عليه الوفاء بنذره في المكان المشروط ، لأن الناذر أوجب على نفسه الأداء في مكان مخصوص ، فإذا أدى في غيره لم يكن مؤدياً ماعليه ، وفي الصلاة في مسجد التزم الناذر زيادة قربة فيلزمه .

وقال الشافعية[١] : إذا نذر إنسان التصدق بشيء على أهل بلد معين لزمه ذلك وفاء بالتزامه ، ولو نذر صوماً في بلد لزمه الصوم ، لأنه قربة ولم يتعين مكان الصوم في تلك البلد ، فله الصوم في غيره . ولو نذر صلاة في بلد لم يتعين لها ويصلي في غيرها ، لأنها لاتختلف باختلاف الأمكنة إلا المسجد الحرام أي الحرم كله ، ومسجد المدينة ، والمسجد الأقصى إذا نذر الصلاة في أحد هذه المساجد فيتعين لعظم فضلها ، لقوله ﷺ : « لا

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٦٧ ، المهذب : ١ ص ٢٤٣ وما بعدها .

تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا ، والمسجد الأقصى » (١) .

واستدلوا بدليل نقلي على تعيين مكان التصدق بالنذر : وهو ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : « أن امرأة أتت النبي ﷺ ،فقالت : يارسول الله إني نذرت أن أذبح بمكان كذا وكذا ـ لمكان كان يذبح فيه أهل الجاهلية ـ قال لصنم ؟ قالت : لا ، قال : لوثن ؟ قالت : لا ، قال: أوفي بنذرك » (٢) .

وإن كان مضافاً إلى وقت في المستقبل : بأن قال : « لله علي أن أصوم رجب » أو « أصلي ركعتين يوم كذا » أو « أتصدق بدرهم في يوم كذا » : فوقت الوجوب في الصدقة:هو وقت النذر باتفاق الحنفية، حتى إنه يجوز تقديمها على الوقت المحدد .

واختلف الحنفية في الصوم والصلاة : فقال أبو حنيفة وأبو يوسف :

---

(١) رواه أحمد فيمسنده والشيخان : البخاري ومسلم،والبيهقي وأبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة ، ورواه أحمد والشيخان والبيهقي والترمذي وابن ماجه عنأبي سعيد الخدري ، ورواه ابن ماجه عن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ، وهو حديث صحيح (انظر نيل الاوطار : ٨ ص ٢٥٣ ، سبل السلام : ٤ ص ١١٤) .

(٢) رواه أبو داود في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وهو تتمة حديث المرأة التي نذرت أن تضرب بالدف عند الرسول صلى الله عليه وسلم السابق تخريجه ، وفي معناه أحاديث أخرى . قال ابن الأثير في النهاية : الفرق بين الوثن والصنم : أن الوثن كل ماله جثة معمولة من جواهر الارض أو من الخشب والحجارة كصورة الآدمي تعمل ، وتنصب ، فتعبد . والصنم : الصورة بلا جثة .ومنهم من لم يفرق بينهما ، وأطلقها على المعنيين . وقد يطلق الوثن على غير الصورة ، ومنه حديث عدي بن حاتم « قدمت على النبي صلى الله عليه وسلم وفي عنقي صليب من ذهب ، فقال : ألق هذا الوثن عنك » (انظر نصب الراية : ٣ ص ٣٠٠ ، نيل الأوطار : ٨ ص ٢٤٩ وما بعدها ، الإلمام : ص ٣٠٩ وما بعدها ، جامع الأصول : ١٢ ص ١٨٧ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٩١)

وقت الوجوب فيها وقت النذر ، لأن الوقت للتقدير ، لالتعين الواجب الواجب ، لأن الأوقات في معنى العبادة سواء .وبناء عليه يجوز تقديم المنذور به على الوقت .

وقال محمد : وقت الوجـوب هو وقت مجيء الوقت ، لأن النـاذر أوجب على نفسه الصوم في وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لأنها عبادة مالية ، لاتعلق لها بالوقت بل بالمـال ، فـكان ذكر الوقت فيه لغواً بخلاف العبادة البدنية .

٣ - كيفية ثبوت حكم النذر : - النـــذر إما أن يضاف إلى وقت مبهم أو إلى وقت معين :

فان أضيف إلى وقت مبهم بأن قال « لله علي أن أصوم شهراً » ولا نية له : فحكمه حكم الواجب المطلق عن الوقت [١] . ومن المعروف أن علماء الأصول اختلفـوا في وقت وجوب الواجب . فقـال بعضهم : على الفور ، وقال الأكثرون : على التراخي ، ففي أي جزء من العمر يجـوز القيام به ويتضيق الوجـوب في آخر العمر إذا بقي من العمر في غالب الظن قدر ما يسع الأداء ، وهذا هو الرأي الصحيـح . وهو ينطبق على نذر الاعتـكاف المضـــاف إلى وقت مبهم بأن قال : « لله علي أن أعتـكف شهراً » ولا نية له . ولكن هناك فرقاً بين الصوم والاعتكاف : ففي الصوم يخير الناذر بين متابعة الصيام وتفرقته ، أما في الاعتـكاف فيلزم النادر بالتتابع في النهار والليـل ، لأن طبيعة الاعتـكاف وهو اللبث على

---

(١) الواجب المطلق : هو ما طلب الشارع فعله حتماً ، ولم يعين وقتـــاً لأدائه ، كالكفارة الواجبة على من حلف يميناً وحنث ، فليس لفعل هـذا الواجب وقت معين ، فإذا شاء الحانث كفر بعد الحنث مباشرة ، وإن شاء كفر بعد ذلك (انظر الوسيط في أصول الفقه للمؤلف : ص ٤٥) .

الدوام تتطلب القيام به على الاتصال ، فلا بد من التتابع . وأما الصوم فليس مبنياً على التتابع لوجود فاصل الليل بين كل يومين .

وإن أضيف النذر إلى وقت معين : بأن قال : « لله علي صوم غد » فيجب عليه صوم الغد وجوباً مضيقا ليس له تأخيره من غير عذر، وإذا قال : « لله علي صوم رجب » فيجب عليه صيام شهر ، سواء أكان قبل مجيء رجب أو بمجرد مجيئه ، ولا يجوز التأخير عن رجب من غير عذر . فإن صام رجب إلا يوماً يقضي ذلك اليوم من شهر آخر ، ولو أفطر رجب كله قضى في شهر آخر ، لأنه فوت الواجب عن وقته ، فصار ديناً عليه [١] ، والدين مقضي على لسان رسول الله ﷺ [٢].

---

(١) انظر هذا المطلب في البدائع : ٥ ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي عن أبي أمامة ، قال الترمذي : حديث حسن وصححه ابن حبان . ورواه أيضاً أحمد وأبو داود الطيالسي وأبو يعلى والدارقطني وابن أبي شيبة وعبد الرزاق (نصب الراية : ٤ ص ٥٧)

كفارة اليمين

خطة الموضوع :

نتكلم في هذه الكفارة عن الأصل في مشروعيتها ، وسبب وجوبها ، ونوع الواجب فيها ، والخصال الواجبة فيها .

مشروعية الكفارة : الكفارة مشتقة من الكفر أي الستر ، فهي ستارة للذنب الحاصل بسبب الحنث في اليمين ، فاليمين سبب للكفارة .

والأصل في كفارة اليمين : الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب : فقول الله تعالى : « لايؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ، ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان ، فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم ، أو كسوتهم أو تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ، ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم ، واحفظوا أيمانكم ، كذلك يبين الله لكم آياته لعلكم تشكرون » .

وأما السنة : فقول النبي ﷺ : « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها ، فائت الذي هو خير ، وكفر عن يمينك » [١] .

وأجمع المسلمون على مشروعية الكفارة في اليمين بالله تعالى [٢] .

سبب وجوبها : تجب الكفارة بالحنث في اليمين ، سواء أكانت في طاعة أو في معصية أو مباح ، ولا يجوز التكفير قبل اليمين باتفاق

---

(١) رواه اصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه عن عبدالرحمن بن سمرة ، ورواه بعض هؤلاء وآخرون عن غيره ، وقد سبق تخريجه (انظر جامع الأصول لابن الاثير الجزري: ١٢ ص ٣٠٠) .

(٢) المغني : ٨ ص ٧٣٣ ، فتح القدير : ٤ ص ١٨ ، المبسوط : ٨ ص ١٤٧

العلماء ، لأنه تقديم للحكم قبل سببه ، فلم يجز كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب .

وهل الكفارة قبل الحنث أفضل أم بعده ؟ قال الحنابلة : الكفارة قبل الحنث وبعده سواء في الفضيلة . وقال مالك والشافعي : الكفارة بعد الحنث أفضل لما فيه من الخروج من الخلاف ، وحصول اليقين ببراءة الذمة ، فيجوز تقديم الكفارة المالية لا الصوم .

وقال أبو حنيفة : لايجوز تقديم الكفارة على الحنث مطلقاً ، إنما تجزىء إذا أخرجها بعد الحنث (١) .

نوع الواجب في الكفارة : الكفارة واجب مطلق أي ليس له وقت محدد لأدائه ، فيجوز القيام به بعد الحنث مباشرة أو بعد ذلك في أثناء العمر .

ثم إن الواجب في الكفارة واجب مخير حالة اليسار أي توفر المقدرة المالية أي أن الموسر مخير بين أحد أمور ثلاثة : إطعام عشرة مساكين ، أو كسوتهم ، أو إعتاق رقبة . وهذا بإجماع العلماء المستند إلى صريح الآية القرآنية السابق ذكرها « فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ماتطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة » لأن الله تعالى عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف « أو » وهو للتخيير (٢) .

---

(١) المغني ، المرجع السابق : ص ٧١٤ ، بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٦ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ١٣٠ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٦ ، الدر المختار : ٣ ص ٦٧ ، المهذب ٢ ص ١٤١ ، تحفة الطلاب للشيخ زكريا الانصاري : ٢ ص ٤٨١ ، المبسوط للسرخسي : ٨ ص ١٤٧ ، القدير : ٤ ص ٢٠ .

(٢) المبسوط : ٨ ص١٢٧ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ١٥٧ ، المغني : ٨ ص ٧٣٤ بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٣ ، البدائع : ٥ ص ٩٧ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٧ .

فإذا عجز الانسان عن كل واحد من الخصال الثلاثة المذكورة لزمه صوم ثلاثة أيام ، للآية السابقة « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » والمراد بالعجز : أن لايقدر على المال الذي يصرفه في الكفارة كمن يجد كفايته في يومه وليلته وكفاية من تلزمه نفقته فقط ، ولا يجد مايفضل عن ذلك[١].

وينظر الى العجز وقت الأداء أي أداء الكفارة عند الحنفية ، فلو حنث الحالف ، وكان موسراً وقت الحنث ، ثم أعسر ، جاز له الصوم عندهم ، لأن الكفارة عبادة لها بدل ، فيعتبر فيها وقت الأداء ،لا وقت الوجوب كالصلاة اذا فاتت في حال الصحة ، فقضاها قاعداً أو بالايماء حال المرض فإنه يجوز .

ويشترط عند الحنفية استمرار العجز الى الفراغ من الصوم ،فلو شرع في الصوم ثم قدر على الاطعام أو الكسوة أو العتق ، ولو قبل فراغه من صوم اليوم الثالث بساعة مثلًا : لايجوز له الصوم ، ويرجع الى التكفير بالمال [٢] .

كذلك ينظر عند المالكية والشافعية والحنابلة الى العجز وقت ارادة التكفير . أما اذا شرع في الصوم ، ثم قدر على المال فلا يلزمه عند هؤلاء الرجوع عن الصوم الى الكفارة المالية ، لأن الصوم بدل عن غيره ، فلا يبطل بالقدرة على المبدل عنه ، ولو وجبت الكفارة على موسر ثم أعسر لم يجزئه الصوم عند هؤلاء [٣] ، بعكس الحنفية في المسألتين .

---

(١) مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٨ ، المغني : ٨ ص٧٥٦ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص٥٧ نهاية المحتاج للرملي : ٨ ص ٠٠٤ ، المهذب : ٢ ص ١٤١

(٢) البدائع : ٣ ص ٩٧ ، الدر المختار : ٣ ص ٦٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٣

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ١٣٣ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المنهاج للمحلي : ٤ ص ٢٧٥ ، المغني : ٨ ص ٧٥٦ ، ٧٦٢ وما بعدها .

خصال الكفارة : عرفنا أن كفارة اليمين هي إما الاطعام أو الكسوة أو العتق ، فإن عجز الانسان عن أحد هذه الخصال صام ثلاثة أيام . فما هو الواجب في كل حالة ؟

١ - مامقدار الاطعام وما المقصود به ؟ قال الحنفية : إن المقصود من الاطعام هو مجرد الاباحة لا التمليك ، لأن النص القرآني ورد بلفظ الاطعام : « فكفارته إطعام عشرة مساكين » والاطعام في متعارف اللغة : هو التمكين من المُطعَم أي « الآكل » لا التمليك ، وكذا إشارة النص دليل على قولهم ، لأن الله تعالى قال : « إطعام عشرة مساكين » والمسكنة : هي الحاجة ، وهو محتاج إلى أكل الطعام دون تملكه ، فكان في إضافة الاطعام إلى المساكين إشارة إلى أن الاطعام هو الفعل الذي يصير المسكين به متمكناً من الطعام لا التمليك ، بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر لابد فيها من التمليك ، لأن النص ورد فيها بلفظ الايتاء لا بلفظ الاطعام [١] .

وقال الجمهور : لابد من تمليك الطعام للفقراء ككل الواجبات المالية ، لأن الواجب المالي لابد وأن يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الاتيان به ، والطعام المباح للغير ليس له قدر معلوم ، لاسيما وأن كل مسكين يختلف عن الآخر صغراً وكبراً ، جوعاً وشبعاً [٢] .

والخلاصة أن التمليك عند الحنفية ليس بشرط لجواز الاطعام ، بل الشرط هو التمكين ، فيكفي دعوة المساكين إلى قوت يوم : وهو غذاء

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٥١ ، البدائع : ٥ ص ١٠٠ ، الدر المختار ورد المحتار لابن عابدين : ٣ ص ٦٧ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥٨ .

(٢) الشرح الكبير للدردير: ٢ ص ١٣٢ ، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلي للمنهاج : ٤ ص ٢٧٤ ، المغني : ٨ ص ٧٣٦ .

وعشاء ، فإذا حضروا وتغدوا وتعشوا كان ذلك جائزاً . وعند غيرالحنفية : لابد من التمليك بالفعل أخذاً .

وأما مقدار الاطعام : فاختلف العلماء فيه بحسب اختلافهم في تأويل قولى تعالى : « من أوسط ماتطعمون أهليكم » فمن قال : المراد أكلة واحدة قال : المد وسط في الشبع ؛ ومن قال : المراد قوت اليوم وهو غداء وعشاء قال : الواجب نصف صاع أي مدان [(١)] .

وبناء عليه قال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة: يعطى لكل مسكين مد من حنطة كصدقةالفطر إلا أن الإمام مالكقال : المد خاص بأهل المدينة فقط لضيق معايشهم،وأما سائر المدن فيعطون الوسط من نفقتهم. وقال ابن القاسم : يجزىء المد في كل مدينة [(٢)] .

وقال الحنفية : مقدار الإطعام نصف صاع من بر أوصاع من تمر أو شعير أو من دقيق الحنطةأو الشعير أو قيمة هذه الأشياء من النقود:دراهم أو دنانير أو من عروض التجارة كما هو المقرر في صدقة الفطر . قالوا : وقد ثبت ذلك عن سادتنا عمر وعلي وعائشة ، وبه قال جماعة من التابعين : سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم ومجاهد والحسن .

وأما مقدار طعام الإباحة عند الحنفية : فأكلتان مشبعتان : غداء وعشاء ، وكذلك إذا غداهم أو سحرهم ، أو عشاهم وسحرهم، أو غداهم غداءين ونحو ذلك ، لأنهما أكلتان مقصودتان

وسواء أكان الطعام خبزاً مع الإدام ، أو بغير الإدام ، لأن الله

---

(١) الصاع أربعة أمداد ،والمد رطل وثلث بالرطل العراقي ، والرطل العراقي (١٣٠) درهماً ، والدرهم ٣٫١٢ غم .

(٢) بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٤ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٧ ، المغني: ٨ ص ٧٣٦ .

تعالى لم يفصل بين الطعام المأدوم وغيره ، وذلك في قوله سبحانه « فكفارته إطعام عشرة مساكين » .

وكذلك لو أطعم خبز الشعير أو تمراً أجزأه ، لأن ذلك قد يؤكل وحده في طعام الأهل .

ولو أطعم مسكينا واحداً عشرة أيام غداء وعشاء ، أو أعطى مسكيناً واحداً عشرة أيام — كل يوم نصف صاع ، جاز ، لأن المقصود سد حاجة عشرة مساكين عشرة أيام ، وقد تحقق ذلك .

ولو أطعم عشرة مساكين في يوم غداء ، ثم أعطى كل واحد مداً من الحنطة جاز ، لأنه جمع بين التمليك ، وطعام الإباحة ، ولأن كل وجبة طعام مقدرة بمد .

وكذلك لو غدى رجلا واحداً عشرين يوماً ، أو عشى رجلا في شهر رمضان عشرين يوماً ، جاز ، لأن المقصود قد حصل .

أما لو أعطى مسكيناً واحداً طعام عشرة ، في يوم واحد ، دفعة واحدة : لم يجز ؛ لأن الله تعالى أمر بسد جوعة عشرة مساكين إما مرة واحدة أو موزعة على الأيام ، وهذا لم يحصل هنا .

وأجاز أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله إعطاء فقراء أهل الذمة من الكفارات والنذور إلا الزكاة ، لعموم قوله تعالى : « فكفارته إطعام عشرة مساكين » من غير تفرقة بين المؤمن والكافر . واستثنيت الزكاة بقول النبي ﷺ لمعاذ حين بعثه الى اليمن : « خذها من أغنيائهم وردها في فقرائهم » (١) .

---

(١) رواه الجماعة : أحمد وأصحاب الكتب الستة عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً إلى اليمن ، وفيه « فأعلمهم أن الله افترض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم ، فترد على فقرائهم » (انظر نيل الأوطار : ٤ ص ١١٤ ، نصب الراية : ٢ ص ٣٢٧)

وقال أبو يوسف : لايجوز إعطاء الذميين من الأموال الإسلامية إلا النذور والتطوعات ودم التمتع في الحج ، لأن الكفارة صدقة أوجبها الله ، فلا يجوز صرفها إلى الكافر كالزكاة ، بخلاف النذر ، لأنه وجب بإيجاب الإنسان ، والتطوع ليس بواجب أصلاً ، والتصدق بلحم المتعة غير واجب ، لأن التقرب إلى الله في إراقة الدم [١] .

٢- الكسوة - صفتها وقدرها : صفة الكسوة : هي أنها لاتجوز إلا على سبيل التمليك حتى عند الحنفية ، لأن الكسوة للوقاية من الحر والبرد ، وهذه الحاجة لاتتحقق إلا بالتمليك بخلاف الإطعام ، فإنه لدفع الجوع ، وذلك يحصل بتناول الطعام .

وأما قدر الكسوة : فاختلف فيه ، فقال المالكية والحنابلة : تتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه : فإن كان رجلاً كساه ثوباً تجزىء الصلاة فيه ، وإن كانت امرأة كساها قميصاً وخماراً ، لأن الكسوة إحدى خصال الكفارة ، فلم يجز فيها أدنى مايطلق عليه اسم الكسوة كما هو مقرر في الإطعام والاعتاق ، ولأن اللابس لما لايستر العورة يسمى عرياناً لا مكتسياً [٢] .

وقال الحنفية والشافعية : يجزىء أقل مايطلق عليه اسم الكسوة من إزار أو رداء أوجبة أو قميص أو ملحفة ، لأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة ، ولأن الله تعالى لم يذكر في الكسوة تقديراً ، فكل مايسمى لابسه مكتسياً يجزىء .

---

(١) انظر المبسوط : ٨ ص ١٤٩ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ١٠١ - ١٠٥ ، فتح القدير : ٤ ص ١٨ ، الدر المختار : ٣ ص ٦٦ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥٨ ،

(٢) بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٥ ، المغني . ٨ ص ٧٤٢ .

ولا تجزيء القلنسوة [١] والخفان والنعلان والقفازان والمنطقة [٢] لأن لابسها لا يسمى مكتسياً إذا لم يكن عليه ثوب ، بل ولا تسمى هذه كسوة عرفا [٣] .

ولم يجز الحنفية على الصحيح عندهم الكسوة بالسراويل والعمامة ، لأن أدنى الكسوة عندهم مايستر عامة البدن ، ولأن لابس ذلك لايسمى مكتسياً عرفاً وعادة ، بل يسمى عرياناً ، فلو أمكن اتخاذ العمامة ثوباً أجزأ ذلك ، وكذا إذا بلغت قيمتها وقيمة السراويل قيمة المقدار الواجب من الطعام ، فإنه يجزيء ، ويقع ذلك عن الطعام بغير نية إذا نوى الكفارة عند محمد . وأما عند أبي يوسف فلا يقع عن الطعام مالم ينو الكسوة عن الطعام .

وأجاز الشافعية الكسوة بالسراويل والعمامة ، لأن ذلك يسمى كسوة.

٣ــ عتق الرقبة : الكلام في إعتاق الرقبة في كفارة اليمين وغيرها تاريخي فقط بسبب عدم وجود العبيد في عصرنا ، وحينئذ يسقط هذا الواجب ويظل الخيار للحانث محصوراً بين الاطعام والكسوة . ونكتفي هنا بذكر ضابط الرقبة التي يجوز عتقها في الكفارة .

قال الحنفية : يشترط أن تكون الرقبة مملوكة ملكاً كاملًا للمعتق ، وأن تكون كاملة الرق ، سليمة من العيوب التي تزيل جنساً من أجناس المنفعة ، سواء أكانت الرقبة صغيرة أم كبيرة ، ذكراً أم أنثى ،

---

(١) القلنسوة بفتح القاف واللام : وهي ما يغطى به الرأس ونحو ذلك مما لايسمى كسوة ، كدرع من حديد .

(٢) المنطقة : بكسر الميم : هي النطاق الذي يشد به وسط الإنسان .

(٣) المبسوط : ٨ ص ١٥٣ ، البدائع : ٥ ص ١٠٥ ، فتح القدير : ٤ ص ١٩ ، المهذب : ٢ ص ١٤١ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٧ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥٧ .

مسلمة أو كافرة . فلا يجوز في الكفارة إعتاق عبد غيره ، ولا أن يعتق عبداً مشتركاً بينه وبين غيره ، ولا مدبراً أو أم ولد ، إلا أنه يجوز تحرير المكاتب استحساناً ، ولا يجوز أن يعتق عبداً مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة ، أو رجل واحدة من جانب واحد ، أو يابس الشق مفلوجاً ، أو مقعداً أو زمِناً أو أشل اليدين ، أو مقطوع الابهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الابهامين ، أو أعمى ، أو مفقود العينين ، أو معتوهاً يغلب العته عليه ، أو أخرس لفوات جنس من أجناس المنفعة كمنفعة البطش باليدين ، والمشي بالرجلين ، والنظر في العينين ، والكلام والعقل [١] .

واشترط المالكية والشافعية والحنابلة : أن تكون الرقبة مؤمنة .

وسبب الاختلاف بين الحنفية والجمهور في اشتراط الايمان في الرقبة : هو اختلافهم في مسألة أصولية وهي : هل يحمل المطلق على المقيد في الأشياء التي تتفق أحكامها وتختلف أسبابها ككفارة اليمين وكفارة القتل الخطأ ، فقد ورد النص القرآني في كفارة اليمين مطلقاً بدون تقييد بشرط الايمان وهو: « أو تحرير رقبة » ، وورد النص مقيداً بشرط الايمان في كفارة القتل الخطأ وهو « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » فقال الجمهور : يحمل المطلق على المقيد ، فيشترط الايمان في كفارة اليمين حملاً على اشتراط ذلك في كفارة القتل الخطأ ، لأنها يشتركان في ستر الذنب ، كما حمل قوله تعالى : « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » على المقيد في قوله تعالى : « وأشهدوا ذوي عدل منكم » .

وقال الحنفية : لايحمل المطلق على المقيد ، وإنما يجب أن يبقى

---

(١) المبسوط : ٨ ص ١٤٤ ، البدائع : ٥ ص ١٠٧ وما بعدها ، فتح القدير : ٤ ص ١٨ ، الدر المختار : ٣ ص ٦٦ .

موجب اللفظ في كفارة اليمين على إطلاقه ، ويعمل بكل نص على حدة ، لأن شرط الايمان في كفارة القتل غير معقول المعنى ، فيقتصر على مورد النص [١] .

٤ — **الصوم — مقداره وشرطه** : اتفق الفقهاء على أن الحانث إن لم يجد طعاماً ولا كسوة ولا عتقاً يجب عليه أن يصوم ثلاثة أيام ، لقوله سبحانه : « فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام » .

واختلفوا في اشتراط تتابع الأيام الثلاثة في الصيام ، فقال المالكية والشافعية في الأظهر عندهم : لايشترط التتابع ، ولكنه مستحب ، لاطلاق الآية القرآنية : « فصيام ثلاثة أيام » فليس فيها اشتراط التتابع ، وقد نسخت هذه الآية القراءة الشاذة لابن مسعود تلاوة وحكماً [٢] .

وقال الحنفية والحنابلة : يشترط التتابع بدليل قراءة أبي وعبد الله ابن مسعود : « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » [٣] . وهذا إن كان قرآناً فهو حجة ، وإن لم يكن قرآناً فهو رواية عن النبي ﷺ فهو إذن خبر واحد ، وخبر الواحد حجة ، وتجوز الزيادة على الكتاب بخبر واحد [٤] .

---

(١) بداية المجتهد : ١ ص ٤٠٦ ، البدائع : ٥ ص ١١٠ ، مغني المحتاج : ٤ ص ٣٢٧ ، المغني : ٨ ص ٧٤٣ .

(٢) بداية المجتهد ، المرجع السابق : ٤٠٥ ، مغني المحتاج ، المرجع السابق ، حاشية قليوبي وعميرة : ٤ ص ٢٧٥ ، المهذب : ٢ ص ١٤١ .

(٣) حكاه أحمد ورواه الأثرم عن أبي بن كعب وابن مسعود أنهما قرآ : « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » وروى ابن أبي شيبة حديث ابن مسعود عن الشعبي قال : « أقر عبد الله : فصيام ثلاثة أيام متتابعات » ورواه عبد الرزاق عن عطاء يقول : بلغنا في قراءة ابن مسعود : « فصيام ثلاثة أيام متتابعات ، وكذلك نقرؤها » وأخرج الحاكم حديث أبي عن أبي العالية عن أبي بن كعب أنه كان يقرأ : « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » (انظر نيل الأوطار : ٨ ص ٢٣٨ ، نصب الراية : ٣ ص ٢٩٦) .

(٤) المبسوط : ٨ ص ١٤٤ ، فتح القدير : ٤ ص ١٨ ، البدائع : ٥ ص ١١١ ، المغني : ٨ ص ٧٥٢ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ١١٣ ، الفتاوى الهندية : ٢ ص ٥٧ .

وبناء على اشتراط التتابع لو أفطر المكفر لعذر مرض أو سفر أو حيض ، أو لغير عذر : فإنه يستأنف الصوم من جديد مرة أخرى ، كذلك يستأنف الصوم إذا أفطر في يوم العيد أو أيام التشريق ، ويبطل التتابع ؛ لأن الصوم في هذه الأيام لايصلح لاسقاط مافي الذمة . وهذا بخلاف صوم شهرين متتابعين كفارة عن الجماع في نهار رمضان ، فإن الحيض والمرض لاينقطع التتابع بسببها ، لأن الغالب أن الشهرين لايخلوان عن ذلك ، هذا عند الحنفية ، وأما عند الحنابلة فلا ينقطع التتابع بالحيض والمرض في كفارة اليمين ، وكفارة انتهاك حرمة رمضان (١) .



(١) البدائع ، المرجع السابق ، المغني ، المرجع السابق .

عقد البيع

خطة الموضوع :

نظراً لتعدد أنواع البيع وأهميتها بحيث يكوّن كل منها وضعاً قائماً بذاته نرى الفقهاء يترجمون لعقد البيع بعنوان « كتاب البيوع » بصيغة الجمع [1] وقد آثرنا ذكر العنوان الذي عنونا به تمشياً مع صنيع شراح القانون المدني . والكلام عن عقد البيع يتناول المباحث الآتية :

المبحث الأول — في تكوين عقد البيع

المبحث الثاني — شروط البيع

المبحث الثالث — حكم البيع والكلام في المبيع والثمن

المبحث الرابع — البيع الباطل والبيع الفاسد

المبحث الخامس — الخيارات

المبحث السادس — بعض أنواع البيع

---

(١) عقد البيع للاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء : ص ٥ ، ١٢

المبحث الأول

تكوين عقد البيع

وفيه مطلبان :

المطلب الأول ـ تعريف البيع ومشروعيته

المطاب الثاني ـ ركن البيع أو كيفية انعقاده

المطلب الأول

تعريف البيع ومشروعيته

تعريف البيـع :

البيـع لغة : مقابلة شيء بشيء ، وهو من أسماء الأضداد أي التي تطلق على الشيء وعلى ضده ، مثـــل الشراء [١] كما في قوله تعالى : « وشروه بثمن بخس » أي باعوه ، وقوله سبحانه : « ولبئس ماشروا به أنفسهم » ويقال لكل من المتعاقدين : بائع وبيّـع ، ومشتر وشار .

واصطلاحاً عند الحنفية : مبادلة مال بمال على وجه مخصوص أو هو مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مفيد مخصوص أي بايجاب أو تعاط . وخرج بقيد : « مفيد » مالا يفيد كبيـع درهم بدرهم . وغير المرغوب : مثل الميتة والدم والتراب [٢] .

وقال النووي في المجموع : البيـع : مقابلة مال بمال تمليكاً [٣] .

وعرفه ابن قدامة في المغني [٤] : مبادلة المال بالمال تمليكاً وتملكاً .

وهو مشتق من الباع ، لأن كل من المتعاقدين يمد باعـــه للأخذ والإعطاء ، ويحتمل أن كل واحد منهما كان يبايع صاحبه : أي يصافحه عند البيـع ، ولذلك سمي البيـع صفقة [٥] .

---

(١) ومثل القرء والجون: يطلق على الشيء وضده .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٣٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٧٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٣ وما بعدها .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٢ .

(٤) انظر ج٣ ص ٥٥٩ .

(٥) المرجع السابق .

والمراد بالمال عند الحنفية : ماعيل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم . وقـــد انتقد الأستاذ الزرقاء هـذا التعريف ، واستبدله بتعريف آخر هو : المـال : هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس [١] وبذلك لاتعتبر المنافع والحقوق المحضة مالاً عند الحنفية . أما جمهور الفقهاء فقد اعتبروها مالاً متقوماً ، لأن المقصود من الأعيان منافعها . والمقصود من البيع هنا : هو العقد المركب من الايجاب والقبول .

مشروعية البيع :

والبيع جائز بأدلة من القرآن والسنة والإجماع [٢] .

أما القرآن : فقوله تعالى : « وأحل الله البيع » وقوله سبحانه : « وأشهدوا إذا تبايعتم » وقوله عز وجل : « إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » وقوله جل جلاله : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلًا من ربكم » .

وأما السنة فأحاديث منها : سئل النبي ﷺ : أي الكسب أطيب فقال : « عمل الرجل بيده ، وكل بيع مبرور » [٣] أي لاغش فيه ولا خيانة ، ومنها حديث « إنما البيع عن تراض » [٤] وقد بعث

---

(١) راجع المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي له : ص ١١٤ – ١١٨ .

(٢) المراجع السابقة ، المبسوط : ١٢ ص ١٠٨ ، المهذب : ١ ص ٢٥٧ .

(٥) رواه البزار وصححه الحاكم عن رفاعة بن رافــع ، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير عن رافع بن خديج وعزاه لأحمد ، وذكره السيوطي في الجامع الصغير عن رافع (سبل السلام : ٣ ص ٤) .

(٤) هذا حديث طويل رواه البيهقي وابن ماجه وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لألقين الله من قبل أن أعطي أحداً من مال أحد شيئاً بغير طيب نفسه ، إنما البيع عن تراض » ورواه عبد الرزاق في =

الرسول ﷺ والناس يتبايعون فأقرهم على ذلك ، وقال : « التاجر الصدوق الأمين مع النبيين ، والصديقين ، والشهداء » قال الترمذي : « هذا حديث حسن » .

وأجمع المسلمون على جواز البيع ، والحكمة تقتضيه ، لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه ، وصاحبه لايبذله بغير عوض ، ففي تشريع البيع طريق إلى تحقيق كل واحدٍ غرضه ودفع حاجته ، والإنسان مدني بالطبع ، لايستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين .

= الجامع عن عبد الله بن أبي أوفى بلفظ « البيع عن تراض والتخيير بعد صفقة » (الجامع الصغير : ١ ص ١٠٢ ، كنز الدقائق : ٢ ص ٢١٢ ، شرح المجموع للنووي : ٩ ص ١٥٨) وروى الترمذي وأبو داود عن أبي هريرة حديثاً بمعناه بلفظ « لايفترق اثنان إلا عن تراض » (جامع الأصول : ٢ ص ٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٠٠) .

المطلب الثاني

ركن البيع أو كيفية انعقاده

ركن البيع : هو الإيجاب والقبول الدالان على التبادل أو مايقوم مقامهما من التعاطي . فركنه بعبارة أخرى : الفعل الدال على الرضا بتبادل الملكين من قول أو فعل (١) .

والإيجاب عند الحنفية : إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولاً من كلام أحد المتعاقدين ، سواء وقع من البائع كبعت ، أو من المشتري كأن يبتدىء المشتري فيقول : اشتريت بكذا .

والقبول : ماذكر ثانياً من كلام أحد المتعاقدين (٢) فالمعتبر إذن أولية الصدور وثانويته فقط سواء أكان من جهة البائع أو من جهة المشتري .

وعند الشافعية والحنابلة : الايجاب : هو ما صدر ممن يكون منه التمليك وإن جاء متأخراً . والقبول : هو ماصدر ممن يصير له الملك وإن صدر أولاً (٣) .

والكلام في الايجاب والقبول في موضعين :

أحدهما — في صيغة الإيجاب والقبول :

والثاني — في صفة الايجاب والقبول .

١ً — صيغة الايجاب والقبول

اتفقت الشرائع على أن مدار وجود العقد وتحققه هو صدور ما يدل

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٧٤ ، البدائع : ٥ ص ١٣٣ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٥ وما بعدها .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) شرح المنهج للشيخ زكريا الأنصاري : ٢ ص ١٨٠ وما بعدها ، كشاف القناع : ٢ ص ٣ .

على التراضي من كلا الجانبين بانشاء التزام بينهما . وهذا هو مايعرف عند العلماء « بصيغة العقد » وهو مايسمى عند القانونيين « التعبير عن الارادة » ويشترط في صيغة العقد أن يكون صدورها من المتعاقدين بطريق يعتبره الشارع ، وطريق اعتبار الشارع عند الحنفية : هو أن البيع ينعقد بكل لفظ يدل على التراضي بتبادل الملك في الأموال بحسب عرف الناس وعاداتهم [١] .

فقالوا : ينعقد البيع بصيغة الماضي مثل : بعت ، واشتريت . وبصيغة الحال مع النية مثل : أبيع وأشتري .

أما البيع بلفظ الاستدعاء الذي يعبر به عن المستقبل ، فلا ينعقد به البيع كأن يقول : « بعني أو اشتر مني » مالم يقل المشتري مرة ثانية في المثال الأول : اشتريت ، وفي المثال الثاني : يقول البائع ثانية : « بعت » لأن طالب البيع أو الشراء وهو المستدعي : ينسب إلى الغش والتدليس في العادة ، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن في ذلك البيع عيب ، لما كان يسأل غيره في أخذه ، وإنما غيره هو الذي يطلبه ، كما هو المعروف في الأسواق ، ثم إنه لو تأخر القبول عن الايجاب لم يصح به البيع ، فلم يصح إذا تقدم ، ولأنه عقد خلا عن القبول ، فلم ينعقد كما لو لم يطلب البيع أو الشراء .

الفرق بين البيع والزواج : هذا بخلاف عقد النكاح ، فانه يصح بلفظ الاستدعاء ، مثل أن يقول : « زوجني » لأنه في هذه الحالة يكون قوله : « زوجني » توكيلًا بالزواج ، فإذا زوجه امتثل أمره ، ولبى طلبه فيكون المزوج وليًا من طرف ووكيلًا من طرف ، والشخص

---

(١) أصول البيوع الممنوعة في الشريعة والقانون للأستاذ الشيخ عبد السميع إمام : ص ١٦ ، ١٨ .

الواحد : يتولى طرفي عقد النكاح ، بخلاف البيع ، فإنه لايجوز أن يتولى الواحد طرفي العقد في البيع إلا الأب يشتري مال ابنه لنفسه أو يبيع ماله منه ، وكذلك الوصي عند أبي حنيفة إذا اشترى لليتيم من نفسه أو لنفسه منه .

وهناك فرق آخر بين البيع والنكاح وهو أن لفظ الأمر للمساومة حقيقة ، فلا تكون صيغته إيجاباً وقبولاً حقيقة ، بل هي طلب الايجاب والقبول ، فلا بد للايجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليها ، ولايمكن حمل هذه الصيغة على المساومة في النكاح ؛ لأن المساومة لاتوجد فيه عادة ، لأنه مبني على مقدمة الخطبة ، فتحمل هذه الصيغة على الايجاب والقبول . أما البيع فلا يكون مسبوقاً بمثل ذلك ، فكان الأمر فيه مساومة ، عملًا بحقيقة لفظ الأمر ، ولا يعدل عن الحقيقة إلى شيء آخر إلا بدليل ، ولم يوجد في البيع ، بخلاف النكاح كما بينا .

والخلاصة أن صيغة البيع عند الحنفية إما أن تكون بلفظين من غير نية : وذلك بصيغة الماضي ، مثل بعت واشتريت ، وهذه الصيغة وإن كانت للماضي وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال في عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على اللغة .

أو بلفظين مع النية للحال : وذلك بصيغة المضارع ؛ لأن المضارع يحتمل الحال أو الاستقبال ، فتكون النية لدفع المحتمل : وهو أن يراد الوعد بالبيع في المستقبل ، فتكون نية الإيجاب للحال مانعة من إرادة ذلك .

أو بثلاثة الفاظ : وذلك بلفظ الاستفهام : بأن قال المشتري : « أتبيع مني هذا الشيء ؟ » أو بلفظ الأمر بأن قال البائع : « اشتر مني هذا الثوب » أو قال المشتري : « بع مني هذا الثوب » لاينعقد

في هذه الأمثلة مالم ينضم إليها لفظ ثالث فيقول المشتري في المثال الاول « اشتريت » لأن لفظ الاستفهام لايستعمل للحال حقيقة ، ويقول البائع في المثال الثاني : « بعت » ويقول المشتري في المثال الثالث : « اشتريت ».

وعلى هذا فلا يصح أصلًا البيع بلفظ الأمر مجرداً سواء نوى ، أو لم ينو إلا إذا دل على الحال مثل : « خذه بكذا » كما لايصح أصلًا بالمضارع المقترن بالسين أو سوف ، مثل : « سأبيعك » لأن ذكر السين يناقض إرادة الحال [١] .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : ينعقد العقد سواء أكان بيعاً أو نكاحاً بلفظ الاستدعاء مثل : « بعني » أو « اشتر مني » فيقول الآخر « بعت » أو « اشتريت » لأن أساس العقد هو التراضي ، ولفظ الايجاب والقبول وجد منهما على وجه تحصل منه الدلالة على تراضيهما به ، فصح كما لو تقدم الايجاب ، وبذلك يحصل الغرض بكون المستدعي بائعاً أو مشترياً [٢] .

بيع المعاطاة :

بيع المعاطاة أو بيع المراوضة : وهو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن ، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول ، وقد يوجد لفظ من أحدهما . مثل : أن يأخذ المشتري المبيع ، ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع ، فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ، سواء أكان المبيع حقيراً ، أو نفيساً . وقد اختلف الفقهاء في حكم ذلك .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٣ وما بعدها ،فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٧٥ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٩ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦٨ ، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٣ ، الميزان : ٢ ص ٦٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤ ، المغني : ٣ ص ٥٦٠ .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة في الأرجح عندهم : يصح بيع المعاطاة متى كان هذا معتاداً دالاً على الرضا ومعبراً تماماً عن إرادة كل من المتعاقدين، والبيع يصح بكل مايدل على الرضا، ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ، ولم ينقل إنكاره عن أحد ، فكان ذلك إجماعا ، فالقرينة كافية هنا في الدلالة على الرضا [١] .

وقال الشافعية : يشترط أن يقع العقد بالألفاظ الصريحة أو الكنائية، بالإيجاب والقبول ، فلا يصح بيع المعاطاة ، سواء أكان المبيع نفيساً أو حقيراً ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : « إنما البيع عن تراض » والرضا أمر خفي ، فاعتبر مايدل عليه من اللفظ ، لاسيما عند إثبات العقد حالة التنازع ، فلا تقبل شهادة الشهود لدى الحاكم إلا بما سمعوه من اللفظ .

وقد اختار جماعة من الشافعية منهم النووي والبغوي والمتولي صحة انعقاد بيع المعاطاة في كل مايعده الناس بيعاً ، لأنه لم يثبت اشتراط لفظ ، فيرجع للعرف كسائر الالفاظ المطلقة ،وبعض الشافعية كابن سريج والروياني خصص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات أي غير النفيسة : وهي ماجرت العادة فيها بالمعاطاة كرطل خبز وحزمة بقل ونحو ذلك [٢] .

ويلاحظ أن الفقهاء أجمعوا على أن الزواج لا ينعقد بالفعل ، بل لابد من القول للقادر عليه لخطره ، فكان لابد من الاحتياط له ، وإتمامه بأقوى الدلالات على الإرداة : وهو القول .

---

(١) البدائع : ٥ ص١٣٤، فتح القدير: ٥ص ٧٧، بداية المجتهد : ٢ ص١٦١، المغني: ٣ ص ٥٦١ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٢٥٧ .

٢ — صفة الإيجاب والقبول — الكلام في خيار المجلس :

لايكون كل من الإيجاب والقبول لازماً قبل وجود الآخر فإذا وجد أحدهما لايلزم قبل وجود الشطر الآخر ، ويكون لكل من المتعاقدين حينئذ خيار القبول والرجوع ، فإذا تم الإيجاب والقبول ، فهل يكون لأحد العاقدين في مجلس العقد خيار الرجوع ؟

اختلف العلماء في ذلك .

فقال الحنفية والمالكية : يلزم العقد بالإيجاب والقبول ، لأن البيع عقد معاوضة ، يلزم بمجرد تمام لفظ البيع والشراء ، ولا يحتاج إلى خيار مجلس ، ولقول عمر رضي الله عنه : « البيع صفقة أو خيار ». وقالوا عن حديث « البيعان بالخيار مالم يتفرقا » المراد به التفرق بالأقوال ، أما قبل ذلك فالخيار ثابت . ورد بعضهم هذا الحديث لمعارضته لآية « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وآية « أوفوا بالعقود » وقال بعضهم: إنه منسوخ .

بهذا يظهر أن خيار المجلس قاصر عند هؤلاء على ماقبل تمام العقد ، فإذا أوجب أحد المتعاقدين ، فالآخر بالخيار : إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رد ، وهذا خيار القبول [١] .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا انعقد البيع بتلاقي الإيجاب والقبول، يقع العقد جائزاً أي غير لازم ، مادام المتعاقدان في المجلس ، ويكون لكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع أو إمضائه ما داما مجتمعين لم

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٤، فتح القدير : ٥ ص ٧٨، بداية المجتهد : ٢ ص ١٦٩ وما بعدها، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٨١، المنتقى على الموطأ: ٥ ص ٥٥، القوانين الفقهية : ص ٢٦٤ .

يتفرقا أو يتخايرا ، ويعتبر في التفرق : العرف [١] .

وهذا هو خيـار المجلس الثابت في أنواع البيـع ، لما روى الشيخان أنه ﷺ قال : « البيعان بالخيار ، مالم يتفرقا ، أو يقول أحدهما للآخر : اختر »[٢] أي اختر اللزوم . قال ابن رشد : وهذا حديث إسناده عندالجميع من أوثق الأسانيد ، وأصحها . وقد أثبت ابن حزم في المحلى تواتره .

وقد ردوا على المالكية والحنفية بأن اللفظ الوارد في هذا الحديث لا يحتمل ماقالوه (أي التفرق بالأقـــول) إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد ، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيـع ، بعد الاختلاف فيها . وتأويلهم يبطل فائدة الحديث ، لأنه من المعلوم أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه ، وإتمامه ، أو تركه . ومعنى قول عمر السابق : « البيع صفقة أو خيار » هو أن البيـع ينقسم إلى بيـع شرط فيه الخيار ، وبيـع لم يشترط فيه الخيار ، وقد سماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٤٣ ، ٤٥ ، المغني : ٣ ص ٥٦٣ ، المهذب : ١ ص ٢٥٧ .

(٢) سبل السلام : ٣ ص ٣٣ وما بعدها .

المبحث الثاني

شروط البيع

يجب أن يتوفر في عقد البيع أربعة أنواع من الشروط وهي : شروط انعقاد ، وشروط صحة ، وشروط نفاذ ، وشروط لزوم [1] .

آ ـ **شرائط الانعقاد** : وهي مايشترط تحققه لاعتبار العقد منعقداً شرعاً ، وإلا كان باطلًا . وقد اشترط الحنفية لانعقاد البيع أربعة أنواع من الشروط : في العاقد، وفي نفس العقد ، وفي مكانه ، وفي المعقود عليه [2].

أما مايشترط في **العاقد** فهو شرطان :

١ ـ أن يكون العاقد عاقلًا أي مميزاً ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير العاقل .

ولا يشترط البلوغ عند الحنفية ، فيصح تصرف الصبي المميز البالغ من العمر سبع سنوات كما سيأتي تفصيله ، وعلى العموم فان تصرفات الصبي المميز العاقل تنقسم عند الحنفية إلى ثلاثة أقسام :

آ ـ التصرفات النافعة نفعاً محضاً : كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وقبول الهبة والصدقة والوصية والكفالة بالدين ، فهذه التصرفات تصح من الصبي العاقل دون إذن ولا إجازة من الولي ، لأنها لنفعه التام .

---

(١) راجع التفصيل في حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٥ وما بعدها .

(٢) انظر أيضاً البدائع : ٥ ص ١٣٥ وما بعدها ، ٢ ص٢٣٢،حاشية ابن عابدين: ٢ ص ٤٤٨ .

ب — التصرفات الضارة ضرراً محضاً : كالطلاق والهبة والصدقة والإقراض وكفالته لغيره بالدين أو بالنفس ، فهذه لا تصح من الصبي العاقل ، ولا تنفذ ، ولو أجازها وليه ، لأن الولي لا يملك إجازة هذه التصرفات لما فيها من الضرر .

ج — التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع : كالبيع والشراء والتأجير والاستئجار والزواج والمزارعة والمساقاة والشركات ونحوها . فهذه التصرفات تصح من الصبي المميز ، ولكنها تكون موقوفة على إذن الولي أو إجازته ما دام صغيراً ، أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ ، لأن للمميز جانباً من الإدراك غير قليل [١]

٢ — أن يكون العاقد متعدداً : فلا ينعقد البيع بواسطة وكيل من الجانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي والرسول من الجانبين ، بخلاف الوكيل في عقد النكاح ، فإنه يصح أن يعقد النكاح وكيل من الجانبين .

والفرق بين البيع والنكاح : هو أن للبيع حقوقاً متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة بتسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب والخيارات . ويستحيل أن يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً ومتسلماً ، طالباً ومطالباً ، وهذا محال . وبما أن حقوق العقد مقتصرة على العاقد فلا يصير كلام العاقد كلام الشخصين . وأما الوكيل في النكاح فإن حقوق العقد لا ترجع إليه ، وإنما ترجع إلى الموكل فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول .

---

(١) انظر كتب الأصول عند الحنفية مثل التلويح على التوضيح : ٢ ص ١٦٥ وما بعدها .

وقد استثنى الأب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير ، بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة ، أو يشتري مال الصغير لنفسه ، لأن حينئذ اقترب من مال اليتيم بالتي هي أحسن ، لكمال شفقته ووفرة رعايته بحكم طبيعة الحال . والوصي مثل الاب عند أبي حنيفة وأبي يوسف إذا تصرف بما فيه نفع ظاهر لليتيم أو بمثل القيمة ، لأن مرضي الأب ، والظاهر ما رضي به إلا لوفور شفقته على الصغير

وقال محمد : لايجوز تصرف الوصي بمال الصبي لنفسه بمثل القيمة ، لان القياس يأبى جوازه أصلا من الأب والوصي جميعاً . والتساهل في الاب لكمال شفقته بخلاف الوصي .

والقاضي لا ترجع اليه حقوق العقد، فكان بمنزلة الرسول ، والرسول لا تلزمه حقوق العقد؛ لانه معبر وسفير ،فجاز لكل من القاضي والرسول تولي العقد عن الجانبين .

وأجاز جمهور الحنفية بخلاف الشافعي وزفر للشخص الواحد أن يتولى طرفي عقد النكاح بإيجاب يقوم مقام القبول في خمس صور :

إذا كان ولياً أو وكيلاً من الجانبين كأن يقول شخص : زوجت ابني بنت أخي ، أو زوجت موكلي فلاناً موكلتي فلانة ، أو أصيلاً من جانب ووكيلاً من جانب آخر ، كما لو وكلت امرأة شخصاً في أن يزوجها من نفسه ؛ أو أصيلاً من جانب وولياً من جانب كأن يتزوج بنت عمه الصغيرة ؛ أو ولياً من جانب ووكيلاً من جانب : مثل زوجت بنتي من موكلي . أما صورة الاصيل من الجانبين فهي مستحيلة عقلا .

وأما ما يشترط في نفس العقد فهو شرط واحد : وهو أن يكون القبول موافقاً للإيجاب [٢] كما سنفصل .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٦ .

(٢) المرجع السابق : ص ١٣٧ .

وأما ما يشترط في **مكان العقد** : فهو شرط واحد أيضاً وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول [٢] كما سنذكر تفصيلة .

وأما ما **يشترط في المعقود عليه** أي المبيع فهو أربعة شروط [١] :

١ - ان يكون المبيع موجوداً : فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده وماله خطر العدم . من أمثلة الاول : بيع نتاج النتاج أي ولد ولد هذه الناقة مثلا ، وبيع الثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجرة . ومن أمثلة الثاني : بيع الحمل ، وبيع اللبن في الضرع ، فكل من الحمل واللبن متردد بين الوجود وعدم الوجود فهما على خطر العدم .

ودليل ذلك في الجملة : أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها [٢]. ويلحق بذلك بيع ياقوتة فإذا هي زجاج ، ففي هذا غلط في الجنس فلا ينعقد البيع ، لان المبيع معدوم .

ويستثنى بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه في رأي بعض الحنفية .

٢ - أن يكون المبيع مالاً متقوما :

والمال عند الحنفية كما عرفنا سابقاً : ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وبعبارة اخرى : هو كل ما يمكن أن يملكه الانسان وينتفع به على وجه معتاد . والاصح أنه هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس . والمتقوم : ما يمكن ادخاره مع إباحته شرعاً . وبعبارة أخرى : هو ما كان محرزا فعلا ويجوز الانتفاع به في حالة الاختيار [٣] . فلا ينعقد

---

(١) المرجع السابق : ص ١٣٨ - ١٤٨ .

(٢) نص الحديث رواه الشيخان عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » (انظر جامع الاصول : ١ ص ٣٨٩).

(٣) حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٣ ، ١٥٠ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ١٦٢ ، ١٦٤ .

بيـع ما ليس بمال كالانسان الحر والميتـة والدم ، ولا بيـع مال غير متقوم كالخمر والخنزير في حق مسلم ، ويجوز بيـع آلات الملاهي عنـد أبي حنيفة لإمكان الانتفاع بالادوات المركبة منها ، وعند الصاحبين وبقية الائمة : لاينعقد بيـع هذه الاشياء ، لانها معدة للفساد .

٣ ـ أن يكون مملوكاً في نفسه : أي محرزاً وهو ما دخـل تحت حيازة مالك خاص . فلا ينعقد بيـع ماليس بمملوك مثل بيـع الكلأ ولو في أرض مملوكة والماء (١) غير المحرز والحطب والحشيش والصيود التي في البراري .

أما كون المبيـع ليس مملوكاً للبائع ، فليس شرط انعقاد ، وإنما هو شرط نفاذ كما سيأتي :

٤ ـ أن يكون مقدور التسليم عند العقد :

فلا ينعقد بيع معجوز التسليم ، وإن كان مملوكاً للبائع ، مثل الحيوان الشارد والطير في الهواء ، والسمك في البحر بعد أن كان في يده .

شروط الايجاب والقبول :

يفهم مما ذكرناه من شرائط الانعقاد أنه يشترط في الإيجاب والقبول ثلاثة شروط :

١ ـ **الأهلية** : وهي عند الحنفية أن يكون كل من الموجب والقابل عاقلاً مميزاً يدرك مايقول ويعنيه حقاً (٢) . والتمييز مقدر بتمام السنوات

---

(١) لايجوز عند جمهور الفقهاء بيع الماء غير المحرز كمياه البحار والأنهار ونحوها ، لأنها مباحة لجميع الناس ، لايختص بهاأحد دون غيره ، فلا يجوز بيعها مادامت في مقرها، ويجوز بيع الماء المحرز كماء البئر أو العين ونحوهما المملوك لشخص ما. وقال فقهاء الظاهرية : لايجوز بيع الماء مالم يكن تابعاً للبئر أو العين المملوكة .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٣٥ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٢٥٥ .

البيع ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي غير المميز ، لان العقد ارتباط بين إرادتي طرفيه .

والكلام ونحوه كالكتابة والإشارة دليل على هاتين الارداتين ، فكان لابد من أن يكون هذا الدليل صادراً من مميز عاقل .

والبلوغ والاختيار ليسا من شروط الانعقاد عند الحنفية ، لذا كان من الضروري الكلام في بيع الصبي والمكره عند فقهاء المذاهب .

بيع الصبي المميز :

قال الحنفية والمالكية والحنابلة : ينعقد تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له الولي ، وإلا كان موقوفاً على اجازة وليه . ودليلهم أن المدار في ذلك التصرف على إذن الولي ، لا على الصبي ، فصح البيع لأن الصبي حينئذ كالدلال ، والعاقد غيره ، ولأن دفع المال إلى الصبي بعد رشده متوقف على اختباره بالبيع والشراء ، وأنه يغبن أم لا ، فكان لابد من القول بصحة تصرفاته وعقوده ، ولكن بإذن الولي لتحصيل المصلحة وحفظ أمواله [١] .

وقال الشافعية : لا ينعقد بيع الصبي لعدم أهليته ، وشرط العاقد بائعاً أو مشترياً : أن يكون راشداً : وهو أن يتصف بالبلوغ وصلاح الدين والمال ، ودليلهم قوله تعالى : « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً » والتصرف بالبيع والشراء في معنى إعطاء السفهاء المال لاستلزام البيع والشراء لبذل المال ، والجامع بينهما نقص العقل المؤدي بكل منهما لإضاعة المال في غير طريقه الشرعي [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٧٨ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٥ ، المغني : ٤ ص ٢٤٦ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٧ .

بيع المكره وبيع التلجئة :

بيع المكره :

قال جمهور الحنفية : إن عقود البيع والشراء والايجار ونحوها من المكره إكراهاً ملجئاً أو غير ملجىء تكون فاسدة ، لأن الاكراه يزيل الرضا الذي هو شرط في صحة هذه العقود ، لقوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وحينئذ يحق للمستكره فسخ ماعقد أو إمضاؤه . ويثبت الملك للمشتري عند القبض كبقية العقود الفاسدة ، ويلزم العقد بقبض المستكره الثمن ، أو تسليم المبيع طوعاً ، إلا أنه يخالف البيع الفاسد في صور منها : أنه لايجوز بالاجازة القولية والفعلية ، ويزول الفساد بخلاف غيره من البيوع الفاسدة لاتجوز ، وإن أجيزت ، لأن الفساد فيها لحق الشرع ، والفساد هنا إنما كان صيانة لمصلحة خاصة لا لمصلحة شرعية عامة ، وبذلك يشبه بيع المكره البيع الموقوف ومن هنا قالوا : إنه بيع فاسد موقوف .

لذا قال زفر : إن الاكراه يجعل العقد غير نافذ ، فهو كعقد الفضولي صحيح موقوف بالنسبة إلى المستكره ، فيتوقف على إجازته بعد زوال الاكراه ، لأن الاكراه إنما يخل بحق المستكره ومصلحته ، فيكفي لحمايته جعل العقد موقوف النفاذ على رضاه بعد زوال الاكراه ، ورأي زفر أقوى دليلًا [١] .

وقال الأئمة الثلاثة : يشترط أن يكون العاقد مختاراً طائعاً في بيع متاع نفسه ، فلا ينعقد بيع المكره في ماله بغير حق ، لقوله تعالى :

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٤ ، ٥ ص ٨٩ — ٩١ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى: ص ٣٩٨، مختصر الطحاوي : ص ٤٠٨ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ١٨٥ في الهامش .

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولقوله عليه الصلاة والسلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » [١] .

وأما الاكراه بحق فلا يمنع من انعقاد العقد ، إقامة لرضا الشرع مقام رضاه ، مثل الاجبار على بيع الدار لتوسعة المسجد أو الطريق أو المقبرة ، أو على بيع سلعة لوفاء دين أو لنفقة زوجة أو ولد أو الأبوين ، أو لأجل وفاء ما عليه من الخراج الحق [٢] .

بيع التلجئة : صورة بيع التلجئة أو بيع الأمانة : أن يخاف إنسان اعتداء ظالم على بعض ما يملك ، فيتظاهر هو ببيعه لثالث فراراً منه ويتم العقد مستوفياً أركانه وشرائطه . وقد اختلف العلماء في شأنه .

فقال الحنفية والحنابلة إنه عقد باطل غير صحيح ، لأن العاقدين ما قصدا البيع ، فلم يصح منهما كالهازلين [٣] .

وقال الشافعي : هو بيع صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه ، وأتي باللفظ مع قصد واختيار خالياً عن مقارنة مفسد ، فصح كما لو اتفقا على شرط فاسد ، ثم عقد البيع بغير شرط . وأما عدم رضاه بوقوعه فهو كظنه أنه لا يقع : لا أثر له لخطأ ظنه [٤] .

---

(١) أخرجه الطبراني عن ثوبان بلفظ « إن الله تجاوز » قال النووي : حديث حسن ، وتعقبه الهيثمي بأن فيه يزيد بن ربيعة الرحبي ، وهو ضعيف ، ورواه ابن ماجه وابن حبان والدارقطني والطبراني والبيهقي والحاكم في المستدرك من حديث الأوزاعي ، واختلف عليه : فقيل : عن ابن عساكر بلفظ « إن الله وضع » وللحاكم والدارقطني والطبراني : « تجاوز » (انظر التلخيص الحبير : ص ١٠٩ ، مجمع الزوائد : ٦ص٢٥٠).

(٢) الميزان : ٢ ص٦٢، حاشية الدسوقي : ٣ص٦،مغني المحتاج: ٢ ص ٧ ومابعدها، القوانين الفقهية : ص ٢٣٨ .

(٣) حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٥ ٢، المغني: ٤ ص ٢١٤ .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص ١٦ .

٢ — **الشرط الثاني** : — من شروط صيغة البيع : **أن يكون القبول موافقاً للايجاب** : بأن يرد على كل ماأوجبه البائع وبما أوجبه [١] فإذا قال انسان لآخر : بعتك هذين الثوبين بألف ليرة ، فقال المشتري: قبلت في هذا الثوب ، وأشار إلى واحد منهما ، لاينعقد البيع . واذا قال لآخر : بعتك هذه الدار بما فيها من مفروشات بألفي ليرة ، فقال المشتري : قبلت شراءها دون ما فيها بألف ليرة مثـــلًا ، لم ينعقد العقد أيضاً ، لتفريق الصفقة على البائع ، والمشتري لايملك تفريقها ؛ لأن من عادة التجار ضم الرديء الى الجيد ، ترويجاً للرديء بواسطة الجيد .

فلو قبل المشتري بأكثر مما طلب ، انعقد البيع ؛ لأن القابل بالأكثر قابل بالأقل طبعاً ، غير أنه لايكون ملزماً الا بالثمن الذي طلبه البائع .

ولو قبل بأقل مما ذكر البائع ، لاينعقد العقد .

وكذا لو خالف في وصف الثمن لا في قدره ، كأن أوجب البائع البيع بثمن حالّ ، فقبل المشتري بثمن مؤجل ،أو أوجب بأجل الى شهر معين فقبل المشتري بأجل أبعد من ذلك ، فلا ينعقد البيع في الحالتين، لعدم تطابق القبول مع الايجاب .

٣ — **أن يتحد مجلس العقد** : بأن يكون الايجاب والقبول في مجلس واحد ، بأن كان الطرفان حاضرين معاً ، أو في مجلس علم الطرف الغائب بالايجاب [٢] . ونتائج هذا الشرط مايلي :

لو أوجب أحد الطرفين البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول ،

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٦ ،الأموال ونظرية العقد ليوسف موسى : ص ٢٥٦ .

(٢) المرجعان السابقان ، البدائع : ص ١٣٧ ،الأموال : ص ٢٥٧ ومابعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٨٠ .

أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ، ثم قبل ، لاينعقد البيع ولكن لايشترط الفور في القبول ، لأن القابل يحتاج الى التأمل ، ولو اقتصر على الفور لايمكنه التأمل ، واعتبر المجلس الواحد جامعاً للمتفرقات للضرورة .

التعاقد حالة المشي أو الركوب : واذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين : فإن اتصل الايجاب والقبول من غير فصل بينها ، انعقد العقد ، حتى ولو مشيا خطوة أو خطوتين جاز ، فإن كان بين القبول والايجاب فصل وسكوت ، وان قل ، لاينعقد العقد ؛ لأن المجلس تبدل بالمشي والسير ، وقاسوا ذلك على قراءة آية السجدة وخيار المخيرة [١] . فلو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الأرض ، أو يسير على دابة لايصلى عليها ، يلزمه لكل قراءة سجدة ، وكذا لو خير امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه وهي تمشي على الأرض أو تسير على دابة لايصلى عليها ، فمشت أو سارت : يبطل خيارها لتبدل المجلس .

ولو تبايعا وهما واقفان ، انعقد البيع ، لاتحاد المجلس .

ولو أوجب أحدهما البيع وهما واقفان ، فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً أو سار البائع قبل القبول ، ثم قبل المشتري بعد ذلك ، لاينعقد ، لأنه سار أحدهما أو سارا ، فقد تبدل المجلس قبل القبول ، ويجعل السير دليلًا على الاعراض .

أما لو وقف الزوج ، فخير امرأته ، ثم سار وهي واقفة ، فلها الخيار . ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها ، فالعبرة اذن لمجلسها لا لمجلس الزوج ، فما دامت في مجلسها فلم يوجد منها دليل الإعراض ، فيظل لها الخيار . وأما الزوج فلايبطل كلامه بالاعراض ، لأن التخيير من قبله لازم ، أما في البيع فيعتبر مجلسهما جميعاً .

---

(١) خيار المخيرة : هو أن يخير الرجل امرأته في المجلس بأن تطلق نفسها منه بأن يقول لها : طلقي نفسك ان شئت .

التعاقد على ظهر سفينة أو طائرة : ولو تبايع الطرفان على سفينة أو طائرة أو قطار : انعقد العقد ، سواء أكانت هذه الوسائل واقفة أم جارية بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة ، لأن الشخص لا يستطيع ايقاف تلك الوسائل ، فاعتبر المجلس فيها مجلساً واحداً ، وان طال ، أما الدابة : فإنه يستطيع ايقافها .

التعاقد مع غائب : واذا أوجب أحد المتعاقدين البيع أو الشراء والآخر غائب ، فبلغه الايجاب ، فقبل ، لا ينعقد البيع ، كأن يقول : « بعت هذه البضاعة من فلان الغائب » فبلغه الخبر ، فقبل : لا يصح ، لأن القاعدة الأصلية في هذا : أن أحد شطري العقد الصادر من أحد العاقدين في البيع يتوقف على الآخر في مجلس العقد « أي يظل قائماً ساري المفعول ضمن المجلس لا بعده » ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاتفاق ، الا اذا كان عنه قابل « أي وكيل » أو كان بالرسالة أو الكتابة [1] .

التعاقد بواسطة رسول : أما الرسالة : فهي أن يرسل أحد المتعاقدين رسولاً الى رجل فيقول المتعاقد الآخر : « إني بعت هذا الثوب من فلان الغائب بكذا » فاذهب اليه ، وقل له : « ان فلاناً باع ثوبه منك بكذا » فجاء الرسول ، وأخبره بما قال ، فقال المشتري في مجلس أداء الرسالة : « اشتريت » أو « قبلت » : تم البيع بينهما ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ، فكأنه حضر بنفسه وخوطب بالايجاب فقبل ، فينعقد العقد .

التعاقد بالمراسلة : وأما الكتابة : فهي أن يكتب رجل الى آخر : « أما بعد ، فقد بعت فرسي منك بكذا » فبلغه الكتاب ، فقال في

---

(١) البدائع: ٥ ص ١٣٧ وما بعدها ، فتح القدير: ٥ ص ٧٩ .

مجلسه « أي مجلس بلوغ الكتاب » : « اشتريت أو قبلت »: ينعقد البيع لأن خطاب الغائب كتابة يجعله كأنه حضر بنفسه ، وخوطب بالايجاب فقبل في المجلس ، فان تأخر القبول الى مجلس ثان لم ينعقد البيع .

وللكاتب أن يرجع عن ايجابه أمام شهود بشرط أن يكون قبل قبول الآخر ووصول الرسالة . ويرى جمهور المالكية أنه ليس للموجب الرجوع قبل أن يترك فرصة للقابل يقرر العرف مداها .

واتحاد المجلس شرط للانعقاد أيضاً في الاجارة والهبة ، على التفصيل السابق في البيع .

وأما **الخلع فان** شطر العقد الصادر من الزوج يتوقف « أي يظل ساري المفعول » على قبول الآخر وراء المجلس بالاتفاق ، كأن يقول : خالعت امرأتي الغائبة على كذا فبلغها الخبر ، فقبلت ، جاز .

وأما **النكاح** فهو كالبيع عند أبي حنيفة ومحمد ، لايتوقف شطر العقد فيه « أي لايسري مفعوله » الا اذا كان عن الغائب قابل ، فاذا قال رجل للشهود : « اشهدوا أني قد تزوجت فلانة بكذا » وبلغها الخبر فأجازت أو قالت امرأة : « اشهدوا أني زوجت نفسي من فلان بكذا» فبلغه ، فأجاز ، لاينعقد العقد في الحالين عند أبي حنيفة ومحمد الا اذا كان عن الغائب قابل .

وعند أبي يوسف : يتوقف شطر العقد في النكاح على قبول الآخر فيما وراء المجلس ، فينعقد العقد في هذين المثالين بقبول الغائب ، وإن لم يقبل عنه أحد في مجلس العقد .

ب — شروط النفاذ :

لنفاذ [١] العقد شرطان : —

١ً — **الملك أو الولاية** الملك: هو حيازة الشيء متى كان الحائز له قادراً وحده على التصرف فيه عند عدم المانع الشرعي ، فالقيم على المجنون أو السفيه والوصي على القاصر . لا يعتبر أحدهما مالكاً لما يتصرف فيه على حين أن المجنون والسفيه والقاصر يعتبر كل منهم مالكاً ، لأن له حق الاستقلال في التصرف والانتفاع لولا المانع الشرعي من ذلك وهو أنه تحت ولاية غيره [٢]

والولاية : سلطة شرعية بها ينعقد العقد وينفذ وهي إما أصلية : وهي أن يتولى الإنسان أمور نفسه بنفسه ، أو نيابية : وهي أن يتولى الشخص أمور غيره من ناقصي الأهلية ، إما بإنابة المالك كالوكيل أو بإنابة الشارع كالأولياء وهم : الأب والجد والقاضي ووصي الأب أو الجد أو القاضي وترتيبهم كالآتي : الأب ثم وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم القاضي ثم وصيه [٣] .

ومدلول هذا الشرط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، فلا ينفذ بيع الفضولي ، لانعدام الملك والولاية ، لكنه ينعقد عند الحنفية موقوفاً على إجازة المالك .

واعتبر الشافعي الملك أو الولاية من شرائط الانعقاد ، فتعتبر تصرفات الفضولي عنده باطلة . وسنبحث ذلك بالتفصيل قريباً [٤] .

---

(١) النفاذ في الأصل المضي والجواز ، ثم أطلق عند الفقهاء على مضي العقد دون توقف على الإجازة أو الإذن .

(٢) الأموال ونظرية العقد : ص ١٦٥ .

(٣) المرجع السابق : ص ٣٤٨ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٦ ، البدائع : ٥ ص ١٥٥ .

(٤) البدائع : ٥ ص ١٤٨ .

٢ - أن لايكون في المبيع حق لغير البائع :

فإن كان في المبيع حق لغير البائع كان العقد موقوفاً غير نافذ ، وعلى هذا فلا ينفذ بيع الراهن المرهون ، ولا بيع المؤجر المأجور ، وإنما يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن ، أو المستأجر ، وليس فاسدا ، وهذا هو الصحيح عند الحنفية ، لأن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى مال متقوم مملوك له مقدور على التسليم ، من غير ضرر يلزمه [١] .

وذكر الأستاذ مصطفى الزرقاء : أن الرأي الراجح فقهاً : أنه لا يكون البيع موقوفاً على إجازة المرتهن أو المستأجر وإن كانا أصحاب حق في المبيع ، إذ الإجازة لا تكون شرعاً إلا لمالك أو ذي ولاية ، بل البيع نافذ ، ولكن لايسلم المبيع إلى المشتري دون رضا المرتهن أو المستأجر صيانة لحقهما ، بل يمنح المشتري الخيار في أن يفسخ البيع أو ينتظر إلى فكاك الرهن أو إلى انقضاء مدة الإجارة ليستلم المبيع [٢] .

تقسيم البيع من حيث النفاذ والوقف :

يترتب على ماذكرناه من شروط النفاذ عند الحنفية أن البيع قسمان : نافذ وموقوف .

أما **البيع النافذ** . فهو أن يتوافر فيه ركن العقد مع وجود شرائط الانعقاد والنفاذ .

وأما **البيع الموقوف** : فهو أن يوجد فيه ركن العقد مع وجود

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٥٥ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٦ .

(٢) عقد البيع : ص ٣١ ، رد المحتار لابن عابدين : ٥ ص ٣٦١ .

شرائط الانعقاد ، ولكن لم يوجد فيه شرط النفاذ : وهو الملك أو الولايـــة .

واختلال شرط النفاذ: يكون إما في المبيع كما في بيع الفضولي شيئاً لغيره، وإما في التصرف كما في بيع الصغير المميز أو المعتوه أو شرائهما .

آراء العلماء في تصرف الفضولي :

الفضولي في الأصل : من يشتغل بما لايعنيه أو يعمل عملاً ليس من شأنه ، ومن ذلك سمي فضولياً : من يتصرف في شيء أو يعقد عقداً من العقود ، دون أن يكون له ولاية ما على القيام به ، وذلك كمن يبيع أو يشتري للغير ، أو يؤجر أو يستأجر لغيره ، دون وكالة أو وصاية أو ولاية له على ذلك ، وبدون إذن من ذلك الغير[١] . وبيع الإنسان ملك غيره دون إذن منه شائع في الحياة العملية كما في بيع الأزواج ملك زوجاتهم أو بيع الأفراد ملك الحكومة أو ملك من تغيب حتى طالت غيبته .

ومحل بحثنا: أن يبيع الرجل مال غيره بشرط إن رضي به صاحب المال أمضى البيع ، وإن لم يرض فسخ ، أو يشتري الرجل للرجل بغير إذنه على أنه إن رضي المشتري ، صح الشراء والا لم يصح[٢] . وقد اختلف الفقهاء في ذلك .

فأما الحنفية : فقد فرقوا بين البيع والشراء ، ففي حالة البيع ينعقد تصرف الفضولي صحيحاً موقوفاً ، سواء أضاف الفضولي العقد إلى نفسه أم إلى المالك ، لأنه لايمكن نفاذ العقد على العاقد .

(١) الأموال ونظرية العقـد : ص ٣٨٠، أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع : ص ١٣٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٧١ .

وفي حالة الشراء : إن أضاف الفضولي الشراء لنفسه ، مع أنه يريد في نيته الشراء لغيره ، كان الشراء له هو نفسه إن صح أن ينفذ عليه ؛ لأن الأصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره .

وأما إن أضاف الشراء لغيره أو لم يجد عقد الشراء نفاذاً على الفضولي بأن كان صبياً أو محجوراً عن التصرف انعقد الشراء صحيحاً موقوفاً على إجازة الغير ، أو من اشترى له ، فإن أجازه نفذ عليه ، واعتبر الفضولي وكيلاً ترجع إليه حقوق العقد .

وعلى الجملة : فإن تصرفات الفضولي جائزة موقوفة على إجازة صاحب الشأن عند الحنفية [١] .

وقال المالكية : تعتبر تصرفات الفضولي وعقوده بصفة عامة في حالة البيع وحالة الشراء منعقدة موقوفة على إجازة صاحب الشأن . فإن أجازها جازت ونفذت وإلا بطلت ، لأن الاجازة اللاحقة كالاذن أو الوكالة السابقة [٢] .

استدل الحنفية والمالكية بآيات البيع التي وردت عامة لم يستثن منها كون العاقد فضولياً ، مثل قوله تعالى : « وأحل الله البيع » وقوله سبحانه : « يا أيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقوله : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله » .

والفضولي كامل الأهلية ، فإعمال عقده أولى من إهماله ، وربما كان

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٤٨ — ١٥٠ ، فتح القدير مع العناية بهامشه : ٥ ص ٣٠٩ وما بعدها .

(٢) بداية المجتهد ، المرجع السابق ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٢ .

في العقد مصلحة المالك ، وليس فيه أي ضرر بأحـد ، لأن المالك له ألا يجيز العقد ، إن لم يجد فيه فائدته . وقـد ثبت أن الرسول ﷺ فيما يرويه البخاري وغيره أعطى عروة البارقي ديناراً ليشترى له به شاة فاشترى له به شاتين ، فباع إحداهما بدينار ،وجاءه بدينار وشاة ، فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك . وروى الترمذي وأبو داود عن حكيم بن حزام أن النبي ﷺ أعطاه ديناراً ليشتري به شاة يضحيها ، فاشترى شاتين بالدينار ، وباع إحداهما بدينار جاء به هو والشاة للرسول ﷺ ، فأثنى عليه ، ودعا له بالبركة قائلا : « بارك الله لك في صفقتك »[١] فالنبي عليه السلام لم يأمر في الحالتين في الشاة الثانية لا بالشراء ولا بالبيـع .

وقال الشافعية والحنـابلة والظاهرية : يشترط في المبيـع أن يكون مملوكاً لمن له العقد ، فبيـع الفضولي باطل من أساسه لاينعقد أصلًا فـلا تلحقه إجـــازة صاحب الشأن ، ودليلهم مارواه أبو داود والـترمذي — وقال : إنه حسن — عن النبي ﷺ قال : « لابيـع إلا فيما تملك » وصح أيضاً النهي عن بيـع ماليس عنـد الانسان[٢] . وقالوا عن حديث عروة البارقي أو حكيم بن حزام : إنه محمول على أنه كان وكيلًا مطلقاً عن النبي ﷺ ، ويدل عليه أنه باع الشاة وسلمها[٣] . وأما شراء الفضولي في رأي هؤلاء فيعتبر شراء لنفسه ، ويلزمه هو وحده ولا ينتقل الملك عنه إلى غيره إلا بعقد جديد كما هو رأي الحنفية .

---

(١) انظر سبل السلام : ٣ ص ٣١ .

(٢) نص الحديث رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعـة عن حكيم بن حزام ، وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « لاتبـع ماليس عندك » حسنه الترمذي (انظر نصب الراية : ٤ ص ٤٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٥).

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ١٥ ، كشاف القناع : ٢ ص ١١ وما بعدها .

شروط اجازة تصرف الفضولي :

اشترط الحنفية لاجازة عقد الفضولي شروطاً[١] :

١ ــ أن يكون للعقد مجيز حالة العقد : أي من كان يستطيع إصدار العقد بنفسه ، لأن ماله مجيز متصور منه الاذن بإتمام العقد للحال ، وبعد صدور التصرف . وأما مالا مجيز له فلا يتصور منه الاذن للحال ، والاذن في المستقبل قد يحدث وقد لايحدث . وعلى هذا : إذا طلق فضولي امرأة زوج بالغ ، أو وهب ماله ، أو تصدق به ، انعقد التصرف موقوفاً على الاجازة ، لأن صاحب الشأن كان يستطيع أن يصدر هذه العقود بنفسه ، فيستطيع لهذا أن يجيزها بعد وقوعها ، فكان للتصرف مجيز حال العقد . أما لو فعل فضولي شيئاً من ذلك بالنسبة لصغير ، فلا ينعقد العقد ، لأن الصبي ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ، فلم يكن لها مجيز حين العقد ، وكذلك ولي الصبي لا قيمة لاجازته ، لأنه لايملك أيضاً هذه التصرفات بنفسه .

٢ ــ أن تكون الاجازة حين وجود البائع ، والمشتري ، والمالك ، والمبيع ، فلو حصلت الاجازة بعد هلاك أحد هؤلاء ، بطل العقد ولم تفد الاجازة شيئاً ، لأن الاجازة تصرف في العقد ، فلا بد من قيام العقد ، وقيامه بقيام العاقدين والمعقود عليه .

فسخ عقد الفضولي :

فسخ العقد الصادر من الفضولي كبيع مثلاً : قد يكون من صاحب الشأن المالك للمبيع كما هو واضح ، وقد يكون من الفضولي البائع قبل إجازة المالك ، حتى يدفع عن نفسه الحقوق التي تلزمه لو أجاز المالك ،

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٤٩ – ١٥١ ، فتح القدير : ٥ ص ٣١١ .

وقد يكون من المشتري ليدفع عن نفسه ما قد يلحقه من ضرر بشرائه من غير صاحب الشأن .

أما في عقد الزواج : فليس للفضولي فسخه ، لأنه عقد ترجع فيه الحقوق إلى الأصيل صاحب الشأن [١] .

هل للفضولي الواحد أن يعقد العقد عن الطرفين ؟

إذا باع الفضولي دار إنسان من إنسان مثلا وهما غائبان ، وقبل عن المشتري ، أو زوج إنساناً من امرأة وقبل عنها ، فلا ينعقد العقد ، لأن تعدد العاقد شرط في انعقاد العقد ، كما سبق بيانه ، فلا يتوقف الايجاب على قبول غائب عن المجلس في سائر العقود من نكاح وبيع وغيرهما ، بل يبطل الايجاب ولا تلحقه الاجازة اتفاقاً .

وعلى هذا : إذا كان الشخص في عقد النكاح فضولياً من الجانبين أو من جانب واحد وكان من الجانب الآخر أصيلاً أو وكيلاً أو ولياً ، فلا يتوقف إيجابه ، بل يبطل عند أبي حنيفة ومحمد ، سواء تكلم بكلام واحد أو بكلامين : أي إيجاب وقبول ، كزوجت فلاناً وقبلت عنه . وقال أبو يوسف : يتوقف إيجاب الفضولي على قبول الغائب ، كما يتوقف اتفاقاً لو قبل عنه فضولي آخر ، فلو زوج فضولي رجلا من امرأة بغير علمهما جاز ، وتوقف على قبولهما ، فإن قبلا نفذ العقد ، وإن رفضا لم ينفذ .

دليل الطرفين : أن قبول الفضولي غير معتبر شرعاً : لأن الايجاب لما صدر من الفضولي ، وليس له قابل في المجلس ، ولو فضولياً آخر ، صدر باطلا ، غير متوقف على قبول الغائب ، فلا يفيد قبول العاقد بعده .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٥١ ، فتح القدير : ٥ص ٣٠٩ — ٣١٢ .

وبعبارة أخرى : أن الموجود حينئـذ هو شطر العقد ، ولايمكن أن يعتبر الشطر الآخر متحققاً إلا بوكاله أو ولاية .

ودليل أبي يوسف : أن عبارة الفضولي تتضمن شطري العقد ، فيجوز كما في الولي والوكيل(١) .

تصرف الصبي المميز :

إذا كان الصبي عاقلا : تصح تصرفاته موقوفة على إجازة وليه ، مادام صغيراً أو على إجازته بنفسه بعد البلوغ إن لم توجد الاجازة من وليه حال صغره . فلو بلغ الصبي قبل إجازة الولي ، فأجاز بنفسه جـاز (٢) وقد سبق ذكر ذلك ، وتعرضنا له هنا لصلته بالبيـع الموقوف .

ج ـ شروط صحة البيع :

شروط الصحة قسمان : عامة وخاصة (٣) .

فالشروط العامة : هي التي يجب أن تتحقق في كل أنواع البيـع لتعتبر صحيحة شرعاً . وهي إجمالاً أن يخلو عقـــد البيع من العيوب الستة : وهي : الجهالة ، والاكراه ، والتوقيت ، والغرر ، والضرر ، والشروط المفسد .

١ ــ فالجهالة : يراد بها الجهالة الفاحشة أو التي تفضي إلى نزاع يتعذر

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٢ ص ٤٤٨ ، الأحوال الشخصية للأستاذ المرحوم الدكتور مصطفى السباعي : ١ ص ٩٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٤٩ .

(٣) انظر التفصيل في حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٦ ، عقد البيـع للأستاذ الزرقاء ص ٢٥ ومابعدها ، الأموال ونظرية العقد للدكتور محمـــد يوسف موسى : ص ٣٩٤ وما بعدها .

حله وهو النزاع الذي تتساوى فيه حجة الطرفين بالاستناد إلى الجهالة ، كما لو باع إنسان شاة من قطيع . وهذه الجهالة أربعة أنواع :

١) جهالة المبيع جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة إلى المشتري .

٢) جهالة الثمن كذلك : فلا يصح بيع الشيء بثمن مثله ، أو بما سيستقر عليه السعر .

٣) جهالة الآجال ، كما في الثمن المؤجل ، أو في خيار الشرط ، فيجب أن تكون المدة معلومة وإلا فسد العقد .

٤) الجهالة في وسائل التوثيق ، كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل ، فيجب أن يكونا معينين وإلا فسد العقد .

ب — **الاكراه** : وهو حمل المستكره على أمر يفعله وهو نوعان :

١ — إكراه ملجيء أو تام : وهو الذي يجد المستكره نفسه مضطراً به لفعل الأمر المكره عليه ، وذلك كالتهديد بالقتل أو الضرب الذي يخشى منه ضياع عضو .

٢ — إكراه غير ملجيء أو ناقص : كالتهديد بالحبس أو الضرب أو إيقاع الظلم به كمنع ترقيته في وظيفته أو إنزاله درجة .

والإكراه بنوعيه يؤثر في البيع ، فيجعله فاسداً عند جمهور الحنفية وموقوفاًعندزفر . فيملك المشتري المبيع بالقبض إذا اعتبر فاسداً،ولا يملكه مطلقاً بالقبض إذا اعتبر موقوفاً ، والارجح اعتبار عقد المكره موقوفاً ، لأنه باتفاق الحنفية إذا أجازه المستكره بعد زوال الإكراه يجوز ويلزم في حقه ، وهذا هو حكم العقد الموقوف لا الفاسد [١] .

---

(١) انظر البدائع : ٧ ص ١٨٨ ، المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ١ ص ٣٦٤ في الحاشية ف ١٨٥ .

جـ — **التوقيت** : هو أن يوقت البيع بمدة كما لو قال : بعتك هذا الثوب شهراً أو سنة ، فيكون البيع فاسداً ، لأن ملكية العين لا تقبل التأقيت .

د — **الغرر** : المراد به غرر الوصف ، كما لو باع بقرة على أنها تحلب كذا رطلاً ، لأنه موهوم التحقق فقد ينقص .

أما لو باعها على أنها حلوب دون تحديد مقدار ، فإنه شرط صحيح. وأما غرر الوجود فهو مبطل للبيع لنهي النبي ﷺ عن بيع الغرر [١]: وهو ما كان المبيع فيه محتملاً الوجود والعدم ، كبيع نتاج النتاج ، وبيع الحمل الموجود .

هـ — **الضرر** : يراد به ما إذا كان تسليم المبيع لايمكن إلا بإدخال ضرر على البائع ، فيما سوى المبيع من ماله . كما لو باع جذعاً معينا في سقف مبني ، أو ذراعاً من ثوب يضره التبعيض ، فإن التنفيذ يقضي هدم ما حول الجذع وتعطيل الثوب .

وبما أن الفساد هنا لصيانة حق شخصي ، لا لحق الشرع ، قرر الفقهاء أن البائع لو نفذ الضرر على نفسه ، بأن قلع الجذع أو قطع الثوب وسلمه إلى المشتري ، انقلب البيع صحيحاً .

و — **الشرط المفسد** : هو كل شرط فيه نفع لأحد المتبايعين ، إذا لم يكن قد ورد به الشرع ، أو جرى بـه العرف ، أو يقتضيه العقد ، أو يلائم مقتضاه ، مثل أن يبيع سيارة على ان يستخدمها شهراً بعد البيع ، أو داراً على أن يظل مقيماً بها مدة معينة ، أو أن يشترط المشتري على البائع في صلب العقد أن يقرضه مبلغاً من المال .

---

(١) رواه مسلم وأحمدوأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة رضي الله عنه (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٤١ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٨٠) .

والشرط الفاسد إذا وجد في عقد من عقود المالية كالبيع والاجارة والقسمة مثلا أفسده ، ولكنه يكون لغواً في العقود الأخرى ، مثل التبرعات والتوثيقات والزواج ، وتكون هذه العقود حينئذ صحيحة [١] .

وقد علق الأستاذ مصطفى الزرقاء على ذلك ، فقال : وبما أن عرف الناس مصحح للشروط في نظر الفقهاء ، فكل شرط فاسد في الأصل ينقلب صحيحاً ملزماً إذا تعارفه الناس ، وشاع بينهم اشتراطه . وعندئذ نستطيع القول : بأن الشرط الفاسد قد زال فقهياً من معاملات الناس بفعول الزمن ، وأصبحت الشروط في هذا العصر كلها صحيحة بمقتضى قواعد الاجتهاد الحنفي نفسه [٢] .

وأما الشروط الخاصة : فهي التي تخص بعض أنواع البيع دون بعض وهي كما يأتي :

١ — القبض في بيع المنقولات : أي أنه إذا باع شخص شيئاً من المنقولات التي كان قد اشتراها ، فيشترط لصحة بيعه : أن يكون قد قبضها من بائعها الأول ، لأن المنقول يكثر هلاكه ، فيكون في بيعه ثانية قبل قبضه غرر ، أما إذا كان عقاراً فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف كما سيأتي .

٢ — معرفة الثمن الأول إذا كان البيع مرابحة أو تولية أو وضيعة أو اشراكاً . وسنذكر تفسيرها .

٣ — التقابض في البدلين قبل الافتراق إذا كان البيع صرفاً .

٤ — توافر شروط السلم التي سيأتي ذكرها إذا كان البيع سلما .

---

(١) الأموال ونظرية العقد لأستاذنا المرحوم محمد يوسف موسى : ص ٤٢٣ .

(٢) عقد البيع : ص ٢٨ .

٥ — المماثلة في البدلين إذا كان المال ربوياً والخلو عن شبهة الربا .

٦ — القبض في الديون الثابتة في الذمة ، كالمسلم فيه ، ورأس مال المسلم ، وبيع شيء بدين على غير البائع ، فلا يصح بيعها من غير من عليه الدين إلا بعد قبضها مثلًا : لا يصح لرب السلم أي (المشتري) أن يبيع المال المسلم فيه قبل قبضه من المسلم اليه (البائع) ، ولا يصح للدائن أن يشتري بدينه شيئاً من غير المدين قبل قبضه .

د — **شروط لزوم البيع** :

شرائط اللزوم تأتي بعد شرائط الانعقاد والنفاذ ، فيشترط للزوم البيع : خلوه من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخ العقد : مثل خيار الشرط والوصف والنقد والتعيين ، والرؤية ، والعيب والغبن مع التغرير . فإذا وجد في البيع شيء من هذه الخيارات منع لزومه في حق من له الخيار ، فكان له أن يفسخ البيع أو أن يقبله ، إلا إذا حدث مانع من ذلك ، كما سيأتي في مباحث الخيارات [١] .

هذه هي شروط البيع بأنواعها الأربعة : فاذا فقد شيء من شرائط الانعقاد بطل البيع ، أو من شرائط الصحة فسد ، أو من شرائط النفاذ توقف ، أو من شرائط النفاذ توقف ، أو من شرائط اللزوم كان لمن له الخيار فسخه .

ويلاحظ أن الانعقاد يقابله البطلان ، والصحة يقابلها الفساد ، والنفاذ يقابله التوقف ، واللزوم يقابله عدم اللزوم أي التخيير .

---

(١) حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٦،عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٣٢ .

المبحث الثالث

حكم البيع والكلام عن المبيع والثمن

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

حكم العقد

حكم العقد : هو الغرض والغاية منه ، ففي عقد البيع : يكون الحكم هو ملكية المبيع للمشتري وملكية الثمن للبائع ، وفي عقد الإجارة : الحكم هو ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر ، وملك المؤجر للأجرة [١] .

وللحكم إطلاقات ثلاث :

١ً – إما أن يراد به الحكم التكليفي : وهو إما الوجوب أو الندب أو الإباحة أو التحريم أو الكراهية ، فيقال : حكم الصوم الوجوب ، وحكم السرقة التحريم وهكذا .

٢ – أو يراد به الوصف الشرعي للفعل من حيث الصحة واللزوم وعدم اللزوم مثلا ، فيقال : حكم العقد المستوفي لأركانه وشرائطه أنه صحيح لازم .

٣ – أو يراد به الأثر المترتب على التصرف الشرعي ، وذلك كالوصية إذا استوفت شرائطها وأركانها ، ترتبت عليها آثار تتعلق بالموصى له ، وآثار تتعلق بالموصى به [٢] .

---

(١) الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى : ص ٣٧٢ .

(٢) الأحوال الشخصية للأستاذ السباعي: ٢ ص ١١٤ .

ومقصودنا هنا المعنى الثالث : أي الحكم الشرعي الثابت للبيع ، وأثره المترتب عليه . فأثر البيع : هو ثبوت الملك في المبيع للمشتري، وثبوت الملك في الثمن للبائع ، إذا كان البيع لازماً لاخيار فيه [١] .

والمقصود بحقوق العقد : : هي الأعمال التي لابد منها للحصول على حكمه : مثل تسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب ، أو خيار الرؤية أو الشرط ، وضمان رد الثمن إذا استحق المبيع مثلا [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٣٣ .

(٢) الأموال ونظرية العقد ، المرجع السابق .

المطلب الثاني

الثمن والمبيع

الكلام عن الثمن والمبيـع في موضعين :

أولاً — في تعريف المبيـع والثمن .

ثانيـاً — في الأحكام المتعلقة بهما .

تعريف المبيـع والثمن :

المبيـع والثمن عند جمهور الحنفية من الأسماء المتباينة الواقعة على معانٍ مختلفه . فالمبيـع في الغالب : ما يتعين بالتعيين ، والثمن في الغالب : مالا يتعين بالتعيين .

وهذا الأصل العام الغالب يحتمل تغيره في الحالتين بعارض من العوارض ، فيصير مالا يحتمل التعيين مبيعاً كالمسلم فيه ، وما يحتمل التعيين ثمناً ، كرأس مال السلم ، إذا كان عيناً من الأعيان . وعلى هذا فاعتبار الثمن ديناً في الذمة هو الأغلب ، وذلك عندما يكون الثمن نقوداً أو أموالاً أخرى مثلية ملتزمة بلا تعيين بالذات كالقمح والزيت ونحوهما من كل مكيل أو موزون أو ذَرْعي أو عددي متقارب .

ويمكن أيضاً أن يكون الثمن أعياناً قيمية كالحيوان والثياب ونحوهما كما لو بيعت كمية من السكر الى أجل بشيء من القيميات ، فالسكر مبيـع والعين القيمية ثمن ، ويكون البيـع سلماً ، لأنه بيـع مؤجل بمعجل .

قال ابن الهمام وغيره : إن الثياب كما تثبت مبيعاً في الذمة بطريق

السلم تثبت دينا مؤجلًا في الذمة ، على أنها ثمن ، وحينئذ يشترط الأجل لا لأنها ثمن ، بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها ديناً في الذمة، فإذا قلنا : إذا باع كتاباً بثوب موصوف في الذمة الى أجل جاز ، ويكون بيعاً بالنسبة للكتاب ، حتى لايشترط قبضه في المجلس ، بخلاف مالوأسلم الدراهم في الثوب ، وإنما ظهرت أحكام المسلم فيه في الثوب ، حتى شرط فيه الأجل ، وامتنع بيعه قبل قبضه لإلحاقه بالمسلم فيه [١]

وقال الشافعي وزفر : المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد ، وإنما يتميز أحدهما عن الآخر في الأحكام بحرف الباء .

ولكل من الفريقين دليله [٢] والقضية اصطلاحية .

تعيين المبيع :

التعيين : هو التمييزعما سوى الشيء في الوجود الخارجي ، ويتعين المبيع إذا كان معيناً في العقد ، سواء أكان حاضراً في مجلس البيع ، أو غائباً عنه . فإذا كان المبيع غير معين في العقد ، فإنه لايتعين إلا بالتسليم [٣] .

الفرق بين الثمن والقيمة والدين :

الثمن : لايتحقق إلا في عقد ، فهو ما يتراضى عليه المتبايعان، سواء أكان أكثر من القيمة أو اقل أو مساوياً .

وقيمة الشيء : هي مايساويه بين الناس .

والثمن : هو ماتراضى عليه المتبايعان مقلابلًا للمبيع .

---

(١) رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦ .

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٢٣٣ .

(٣) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٣٤ .

أما الدين : فهو كل ماثبت في الذمة من الأموال القابلة للثبوت فيها بأي سبب من أسباب الالتزام ، كالاتلاف والغصب والكفالة والقرض والبيع ، ونحو ذلك [١] .

التمييز بين الثمن والمبيع :

القاعدة المقررة في الأصل : أن كل ماأمكن أن يكون مبيعاً أمكن أن يكون ثمناً ، ولا عكس، وأن الثمن كما بينا في تعريفه ربما لا يكون متعلقاً بالذمة ، بل قد يتعين أحياناً ، فيكون من الأعيان القيمية كالحيوان والثياب ونحوهما ، كما يتعين المبيع .

لهذا كان واجباً أن نميز بين الثمن والمبيع لما يترتب على ذلك من أحكام ، والتمييز يكون في أموال المعاوضات : وهي النقود والأعيان القيمية والمثليات [٢] .

١ — فالنقود عامة من ذهب أو فضة أو فلوس رائجة [٣] إذا كانت عوضاً في المبيع ، تعتبر هي الثمن. ومقابلها أي السلعة هو المبيع مطلقاً سواء دخل عليها حرف الباء ، أو دخل على مقابلها مثل : بعتك هذا بدينار ، أو بعتك ديناراً بهذا .

— وقد قرر جمهور الحنفية أن النقود المسكوكة من ذهب أو فضة

(١) عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٥٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٥٣ ، ١٧٣ .

(٢) انظر البدائع : ٥ ص ٢٣٣ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٢٣ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٥٩ وما بعدها .

(٣) وهي القطع المعدنية المسكوكة المصطلح على ثمنيتها ، ويلحق بها الأوراق النقدية المتعامل بها في العصر الحاضر .

أو فلوس معدنية لاتتعين في عقود المعاوضات بالتعيين في حق الاستحقاق لذات العملة النقدية ، فلو قال : بعتك هذا الثوب بهذه الدراهم أو بهذه الدنانير ، فللمشتري أن يمسك المشار إليه ويبدله بمثله ، ولا يحق للبائع أن يطلب عين المشار إليه ، لأن الثمن النقدي محله في الذمة ، ومايثبت في الذمة لاينحصر ببعض أفراده الخارجية ، فلا فائدة في استحقاق عينها في المعاوضات ، لأن المثل يقوم مقامها في كل عوض ، وإنما يتعين فقط بالنسبة لضمان الجنس والنوع والصفة والقدر ، حتى إنه يجب على المشتري رد مثل المشار إليه في الأوصاف المذكورة ، فلو كان الواجب عليه ألف درهم جيدة ، فيجب عليه رد ألف درهم بتلك الصفة ، لأن في تعيين الجنس والقدر والصفة فائدة ، وعلى هذا فلو هلك المشار إليه لايبطل العقد .

ـ وقال الشافعي [١] وزفر : تتعين النقود بالتعيين ، ويستحق البائع على المشتري نفس الدراهم المشار إليها ، كما في سائر الأعيان ، لأنه قد يكون للشخص غرض في ذلك ،والثمن المعين كالمبيع في تعلق الحق بالعين .

ـ فلو هلك المشار إليه قبل القبض يبطل العقد ، كما لو هلك سائر الأعيان .

فإن لم يكن الثمن من المسكوكات ، فإنه بالاتفاق كسائر السلع يقبل التعيين .

٢ ـ إن الأعيان القيمية أي « التي ليست من ذوات الأمثال » إذا قوبلت بالمثليات المعينة تعتبر هي المبيع ، والمثلي هو الثمن مطلقاً ، دون نظر إلى اقتران حرف الباء ، لأن المثلي أليق بالثمنية من حيث قابليته للثبوت في الذمم كالنقود .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٧٥ .

من أمثلة القيميات : الثياب والدور والعقارات والعدديات المتفاوتة « أي التي تفاوتت آحادها » كالغنم وسائر الدواب والبطيخ إذا بيع بالعدد لابالوزن .

— وأما إذا قوبلت الأعيان القيمية بالأموال غير المعينة أي « الملتزمة في الذمم » فالعبرة في الثمنية لمقارنة حرف الباء ، فما دخل عليه حرف الباء كان ثمناً ، والآخر مبيعاً . فلو قال : بعتك هذا المتاع بقنطار من السكر ، فالسكر :هوالثمن. ولو قال بعتك قنطاراً من السكر بهذا المتاع، كان السكر مبيعاً ، والمتاع ثمناً ، ويكون العقد بيع سلم .

٣ — المثليات إذا كان في مقابلتها النقود فهي مبيعة ، كما ذكرنا أولاً ، وإن كان في مقابلتها أمثالها مثل بيع قمح بزيت ، فما كان منها معيناً يكون مبيعاً ، وكل ما كان منها موصوفاً الذمة يكون ثمناً .

وإن كان كل واحد منهما موصوفاً في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمناً ، والآخر يكون مبيعاً .

— والمثليات : إما مكيلات وهي التي تباع بالكيل كالقمح والشعير ، وكبعض السوائل التي تباع اليوم باللتر كالبترول والبنزين .

— أو موزونات : وهي التي تباع بالوزن كالسمن والزيت والسكر .

— أو ذَرْعيات : وهي التي تباع بالذراع كالقطع الكبرى من المنسوجات الصوفية أو القطنية أو الحريرية وكالأراضي .

— أو عدديات متقاربة : وهي التي لاتتفاوت آحادها إلا تفاوتاً بسيطاً كالبيض والجوز ، وكالمصنوعات المتماثلة من صنع المعامل كالكؤوس وصحون الخزف والبلور ونحوها [١] .

---

(١) انظر عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٥٠ ، رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ .

٤ ــ إذا بيعت القيميات بعضها ببعض يعتبر كل من العوضين مبيعاً من وجه ، وثمناً من وجه آخر .

أحكام المبيع والثمن أو نتائج التمييز بينهما

يترتب على التمييز بين المبيع والثمن نتائج نوجز ذكر ست منها ، ونفصل الكلام في ثلاثة أخرى .

١ ــ يشترط لانعقاد البيع أن يكون المبيع مالاً متقوماً ولا يشترط ذلك في الثمن .

٢ ــ يشترط لنفاذ البيع أن يكون المبيع موجوداً في ملك البائع ولا يشترط ذلك في الثمن .

٣ ــ لايجوز تأجيل الثمن في بيع السلم ، ويجب تأجيل المبيع .

٤ ــ مؤونة تسليم الثمن أي « كلفته » على المشتري ، ومؤونة تسليم المبيع على البائع .

٥ ــ البيع مع عدم تسمية الثمن فاسد ، أما مع عدم تسمية المبيع نحو بعتك بعشرة دنانير ، فباطل غير منعقد .

٦ ــ هلاك المبيع بعد التقابض يمنع إقالة البيع ، ولا يمنع ذلك هلاك الثمن .

٧ ــ هلاك المبيع قبل التسليم مبطل للبيع ، ولا يبطله هلاك الثمن .

٨ ــ لا يجوز تصرف المشتري في المبيع المنقول قبل قبضه ، ويصح تصرف البائع في الثمن قبل قبضه .

٩ ــ على المشتري تسليم الثمن أولاً ليحق له استلام المبيع ، مالم يرض البائع [١] ونفصل الكلام في الثلاثة الأخيرة .

---

(١) انظر عقد البيع للاستاذ الزرقاء : ص ٦١ .

حكم هلاك المبيع ، وهلاك الثمن وكساده

هلاك المبيع :

المبيع إما أن يهلك كله أو بعضه قبل القبض أو بعده [١] .

آ - إذا هلك المبيع كله قبل القبض :

١ - فإذا هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع نفسه ، أو بفعل البائع ، فينفسخ عقد البيع .

٢ - إذا هلك بفعل المشتري ، فلا ينفسخ البيع وعليه الثمن .

٣ - إذا هلك بفعل أجنبي ، لا ينفسخ البيع ، ويكون المشتري بالخيار : إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء اتبع الجاني .

ب - اذا هلك المبيع كله بعد القبض :

١ - إن كان بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فلا ينفسخ البيع ، ويكون هلاكه على ضمان المشتري ، لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري ، فتقرر الثمن عليه ، ويرجع بالضمان على الأجنبي .

٢ - إذا هلك بفعل البائع فينظر في حالتين :

أولاً - إذا كان المشتري قد قبضه بإذن البائع أو بدون إذنه ، لكنه قد نقد الثمن ، أو كان الثمن موجلاً ، فيكون هلاكه من قبل البائع ، كهلاكه من قبل الأجنبي ، فعليه ضمانه .

ثانياً - أما إذا كان المشتري قد قبض المبيع بدون إذن البائع ، والثمن حالّ غير منقود « أي غير معطى إلى البائع » فيتوجب فسخ البيع .

---

(١) انظر التفصيل في البدائع : ٥ ص ٢٣٨ وما بعدها ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع ، المرجع السابق : ص ٩٢ .

ج – إذا هلك بعض المبيع قبل القبض ينظر :

١ – فإن كان بآفة سماوية ففيه تفصيل : إن كان النقصان نقصان قدر بأن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً ، فهلك بعضه : ينفسخ العقد بقدر الهالك ، وتسقط حصته من الثمن ، ثم يكون المشتري بالخيار في الباقي لتفرق الصفقة عليه : إن شاء أخذه بحصته ، وإن شاء فسخ البيع .

وإن كان النقصان نقصان وصف « وهو مايدخل في البيع من غير تسمية كالشجر والبناء في الأرض والجودة في المكيل والموزون » فلا ينفسخ البيع أصلاً ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن ، لأن الأوصاف لا حصة لها من الثمن ، ويكون المشتري بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه لتعيب المبيع .

٢ – وان كان الهلاك بفعل المبيع نفسه كحيوان جرح نفسه ، فلا ينفسخ البيع ، ولا يسقط شيء من الثمن ، والمشتري بالخيار : إن شاء أخذ الباقي بجميع الثمن ، وإن شاء فسخ العقد .

٣ – وإن كان الهلاك بفعل البائع فيبطل البيع بقدره ، ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن ، سواء أكان النقصان نقصان قدر ، أو نقصان وصف ، لأن الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها ، والمشتري بالخيار في الباقي بحصته من الثمن .

٤ – وإن كان الهلاك بفعل المشتري فلا يبطل البيع ، ولا يسقط عنه شيء من الثمن ؛ لأنه صار قابضاً للكل بإتلاف البعض .

د – اذا هلك بعض المبيع بعد القبض :

١ – فإن كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المشتري أو المبيع نفسه أو بفعل أجنبي ، فالهلاك على المشتري .

٢ — وإن كان بفعل البائع ينظر :

إذا كان القبض باذنه ، أو كان الثمن منقوداً أو مؤجلًا ، فحكمه كالأجنبي .

وان كان القبض بغير اذنه ، والثمن حالّ غير منقود ، ، ينفسخ البيع في قدر المتلف ، ويسقط عن المشتري حصته .

هلاك الثمن :

اذا هلك الثمن في مجلس العقد قبل القبض :

١ — فإن كان عيناً مثلياً : لاينفسخ العقد ، لأنه يمكن تسليم مثله بخلاف المبيع لأنه عين ، وللناس أغراض في الأعيان .

٢ — وأما إذا هلك وليس له مثل في الحال : بأن كان شيئاً مما ينقطع عن أيدي الناس ، وقد كان موجوداً وقت العقد ، ثم انقطع قبل القبض : فقال أبو حنيفة : ينفسخ العقد . وقال الصاحبان : لا ينفسخ [١]. وسيأتي في بحث كساد الثمن الآتي بيان الأدلة .

كساد الثمن : — إذا اشترى شخص بفلوس رائجة ، ثم كسدت قبل القبض بضرب فلوس جديدة ، انفسخ العقد عند أبي حنيفة ، وعلى المشتري رد المبيع إن كان قائماً ، وقيمته أو مثله إن كان هالكاً ، لأن الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمناً ، ولا بيع بلا ثمن ، فينفسخ البيع ضرورة ، فهو قد اعتبر الكساد كالهلاك .

وقال الصاحبان : لاينفسخ البيع ، ولكن يخير البائع : إن شاء فسخ البيع ،وإن شاء أخذ قيمة الفلوس ، لأن الفلوس ثابتة في الذمة ، وما يثبت في الذمة لا يحتمل الهلاك ، فلا يكون الكساد هلاكاً ، بل يكون عيباً فيها ،

---

(١) تحفة الفقهاء ، الطبعة القديمة : ٢ ص ٥٤ .

فيوجب الخيار للبائع ، كما إذا كان الثمن رطباً ، فانقطع قبل القبض ، فهما اعتبرا الكساد كالعيب .

ـ واتفقوا على انه لو لم تكسد الفلوس ، ولكنها رخصت قيمتها ، أو غلت ، لا ينفسخ البيع ؛ لأن الرخص أو الغلاء لايوجب بطلان الثمنية .

ـ ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما في وقت اعتبار قيمة الفلوس : فقال أبو يوسف : تعتبر قيمتها وقت العقد ، لأن الثمن يجب عند العقد ، فيضمن قيمته حينئذ .

وقال محمد : تعتبر القيمة في آخر ما ترك الناس المعاملة بذلك ، وهو وقت الكساد ، لأنه وقت العجز عن التسليم (١) .

التصرف في المبيع وفي الثمن قبل القبض

التصرف في المبيع :

قال الحنفية : لايجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بلا خلاف ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع مالم يقبض (٢) والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر لتعرضه إلى الانفساخ بهلاك المعقود عليه ، فيبطل البيع الأول ، وينفسخ الثاني ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع فيه غرر .

---

(١) انظر البدائع : ٥ ص ٢٤٢ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٢٥ .

(٢) فيه أحاديث منها ما هو متفق عليه عند الشيخين والترمذي من حديث ابن عباس من النهي عن بيع مالم يقبض ، ومنها ما أخرجه النسائي عن حكيم بن حزام ، قال :« قلت يارسول الله، إني رجل أبتاع هذه البيوع وأبيعها، فما يحل لي منها ومايحرم ؟ قال: لاتبيعن شيئاً حتى تقبضه » رواه أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه ، ولفظه : « إذا ابتعت بيعاً ، فلا تبعه حتى تقبضه » (انظر نصب الراية : ٤ ص ٣٢ ، جامع الأصول : ١ ص ٣٨٠ ، تخريج أحاديث الإحياء : ٢ ص ٦١) .

وأما العقار : فيجوز التصرف فيه عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً استدلالاً بعمومات آيات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد . ولا غرر في العقار ، إذ لايتوهم هلاك العقار ، ويندر ذلك في الغالب ، فلا يكون في بيعه غرر .

وقال محمد وزفر والشافعي : لايجوز بيع العقار قبل القبض لعموم النهي عن البيع قبل القبض ، ولعدم وجود القدرة على التسليم ، ولتحقق الغرر [١] . وسيأتي تفصيل آراء الفقهاء في هذا الموضوع في البيع الفاسد .

التصرف في الثمن قبل القبض :

يجوز التصرف في الأثمان [٢] قبل القبض ، لأنها ديون ، وكذلك يجوز التصرف في سائر الديون كالمهر والأجرة وضمان المتلفات وغيرها قبل القبض ، بدليل ماروي عن سيدنا عمر أنه قال : « يارسول الله : إنا نبيع الإبل بالبقيع ، ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ، ومكان الدنانير الدراهم ، فقال عليه السلام : لابأس إذا كان بسعر يومها ، وافترقتما وليس بينكما شيء » [٣] فهذا يدل على جواز استبدال ثمن المبيع . وأما المراد من حيث « النهي عما لايقبض » فهو بالنسبة للعين ، لا بالنسبة للدين ؛ لأن المبيع شيء يحتمل القبض ، والدين لايحتمل القبض حقيقة ، لأنه مال حكمي في الذمة ، فيكون قبضه بقبض بدله .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٦٤ ، البدائع : ٥ ص ١٨٠ وما بعدها ، ص ٢٣٤ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ١٦٩ وما بعدها .

(٢) الثمن : ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة وهو النقدان ، والمثليات : كالمكيل والموزون إذا كانت معينة وقوبلت بالأعيان ، أو غير معينة وصحبها حرف الباء (رد المحتار : ٤ ص ١٧٣) .

(٣) أخرجه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٦٩ ، نصب الراية : ٤ ص ٣٣) .

وقد استثنوا من جواز التصرف في الثمن قبل القبض عقدي الصرف والسلم . أما الصرف : فلأن كلًا من بدلي الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه ، فباعتبار كونه مبيعاً لايجوز التصرف فيه ، وقد رجحنا جانب الحرمة احتياطاً .

وأما السلم : فالمسلم فيه لايجوز التصرف فيه لأنه مبيع ، ورأس المال « أي الثمن » ألحق بالمبيع العين في حرمة الاستبدال شرعاً(١) .

هذا ... ويلاحظ أن التصرف في الأثمان والديون جائز بالبيع والهبة والإجارة والوصية أي بعوض أو بغير عوض ، سواء مما لايتعين كالنقود ، أو مما يتعين كالمكيل والموزون ، وذلك ممن عليه الدين كأن يشتري البائع من المشتري شيئاً بالثمن الذي له عليه ، أو أن يستأجر بالثمن داراً للمشتري ، أو أن يهبه الثمن .

ولا يجوز تمليك الدين من غير من عليه الدين كأن يشتري إنسان فرس زيد مثلًا بمائة ليرة على عمرو ، لأنه لايقدر على تسليمه إلا في ثلاث صور (٢) .

الأولى — إذا سلطه على قبضه ، فيكون وكيلًا قابضاً للموكل ثم لنفسه .

الثانية — الحوالة .

الثالثة — الوصية .

تسليم المبيع والثمن

إن تسليم المبيع إلى المشتري هو من التزامات البائع الناشئة من عقد

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٦٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ وما بعدها .

(٢) رد المحتار : ٤ ص ١٧٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧١ .

البيع ، كما أن تسليم الثمن إلى البائع هو من التزامات المشتري الناشئة من البيع أيضاً ، لأن تسليم البدلين واجب على العاقدين ، لتحقق الملك لكل منهما في البدلين .

فمن الذي يجب عليه التسليم أولاً ، وهل للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي جميع الثمن ، وكيف يتم التسليم أو القبض ؟

أما من يجب عليه التسليم أولاً : فيختلف بحسب نوع البدلين :

فإذا كان بيع عين بعين ، فإنه يجب على العاقدين التسليم معاً ، تحقيقاً للمساواة في المعاوضة المقتضية للمساواة عادة المطلوبة بين المتعاقدين ، إذ ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر .

وكذلك إن تبايعا ديناً بدين ، كما في عقد الصرف ، لما ذكرنا .

وأما إن كان بيع عين بدين [١] فيراعى فيه الترتيب عند الحنفية : فيجب على المشتري تسليم الثمن « أي الدين » أولا إذا طالبه البائع حتى يتعين ، ولقوله عليه السلام : « الدين مقضي » [٢] فلو تأخر تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضياً . ثم يجب على البائع تسليم المبيع ، إذا طالبه المشتري ، حتى يتحقق التساوي بينهما . واستثنوا من ذلك أمرين أولهما — المسلم فيه ، لأنه دين مؤجل ، والثاني — الثمن المؤجل

---

(١) الدين مايصح أن يثبت في الذمة ، سواء أكان نقداً أو غيره . والعين : مالا يصح أن يثبت ديناً في الذمة (رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٦) .

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل عن ابن عباس ونصه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « الزعيم غارم والدين مقضي ، والعارية مؤداة ، والمنحة مردودة » وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني ، وقال : إنه منكر الحديث ، لايتابع على عامة مايرويه (انظر نصب الراية : ٤ ص ٥٨) وأخرجه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائي وفيه اسماعيل بن عياش (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٠) .

فلو كان الثمن مؤجلاً ، يجب تسليم المبيع للحال ، لأن البائع أسقط حق نفسه في التأجيل [١] .

حق حبس المبيع :

يترتب على ما سبق من التزام المشتري بدفع الثمن أولاً : أنه يثبت للبائع حق حبس المبيع عن المشتري إلى أن يستوفي ما وجب تعجيله ، سواء أكان كل الثمن أو بعضه [٢] .

وشرط ثبوت حق الحبس شيئان :

١ — أن يكون أحد البدلين عيناً والآخر ديناً ، مثل بيع سلعة بدراهم ، أو دنانير ، فإن كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس ، بل يسلمان معاً .

٢ — أن يكون الثمن حالاً ، فإن كان مؤجلا ، فلا يثبت حق الحبس ، لأنه سقط بالتأجيل .

وعلى هذا : فلو أجل الثمن إلا درهماً ، كان للبائع حبس كل المبيع ، لأن حق الحبس مما لايتجزأ ، وكذا لو استوفى جميع الثمن إلا درهماً ، أو أبرأ المشتري عن جميع الثمن إلا درهماً .

مايسقط حق الحبس ومالا يسقطه :

لو قدم المشتري رهناً أو كفيلاً بالثمن لايسقط حق الحبس ، لأن الرهن والكفالة لايسقطان الثمن عن ذمة المشتري ، ولا حق المطالبة به ، فيبقى حق الحبس لاستيفاء الثمن ، وكل مافي الأمر أن الرهن والكفالة وثيقة بالثمن .

---

(١) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص ١٩٢ ، البدائع : ٥ ص ٢٤٤ ، فتح القدير : ٥ ١٠٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٣ وما بعدها .

(٢) انظر المبسوط ، المرجع السابق ، البدائع : ٥ ص ٢٤٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٧٧ .

وأما الحوالة بالثمن فتسقط حق الحبس عند أبي يوسف سواء أحال البائع رجلًا على المشتري بالثمن وقبل ، أو أحال المشتري البائع على رجل ، لأن البائع حينئذ في حكم المستوفي ، لأن حق الحبس مرتبط ببقاء الدين في ذمة المشتري ، وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ، ولذا ينقطع حقه في مطالبة المشتري بالثمن ، وينحصر حق المطالبة بالشخص المحال عليه .

وقال محمد : إن كانت الحوالة من المشتري لاتبطل حق الحبس ، وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي من المحال عليه . وإن كانت من البائع : فإن كانت الحوالة مطلقة لاتبطل حق الحبس أيضاً ، وإن كانت مقيدة بأن أحال غريماً له على المشتري ليقبض الدين الذي له عليه، تبطل الحوالة حق الحبس ، دليله : أن حق البائع بمطالبة المشتري بأداء الثمن لم يبطل بحوالة المشتري ، أو بحوالته المطلقة ، فلم يبطل حق الحبس ، وأما في الحوالة المقيدة فيبطل حق المطالبة من البائع للمشتري بهذه الحوالة ، فيسقط حق الحبس [١] .

قال الكاساني : « والصحيح اعتبار محمد ، لأن حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن ، لا مع قيام الثمن في ذاته » [٢] .

والخلاصة : أن حق الحبس يسقط بحوالة البائع على المشتري بالثمن اتفاقاً ، وكذا بحوالة المشتري البائع به على رجل عند أبي يوسف . وعند محمد : فيه روايتان .

---

(١) المبسوط: ١٣ ص ١٩٥ ، البدائع: ٥ ص ٢٥٠ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ .
(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٥١ .

ولو أعار البائع المبيع للمشتري أو أودعه عنده ، سقط حق الحبس ، حتى لايملك استرداده في ظاهر الرواية ، لأن الإعارة والإيداع أمانة في يد المشتري ، وهو لايصلح نائباً عن البائع في وضع يده لأنه أصل في ملك الشيء ، فكان أصلاً في وضع اليد ، فإذا ثبتت يد المشتري على المبيع ، كانت يده يد ملك ، ويد الملك لازمة ، فلا يملك أحد إبطالها بالاسترداد (١) .

ولو أودع المشتري المبيع عند البائع أو أعاره منه أو آجره ، لم يسقط حق الحبس ، لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ، لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبائع ، فلا يصح أن يصير نائباً عن غيره (٢) .

ولو جنى رجل أجنبي على المبيع ، فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان سقط حق الحبس عند أبي يوسف (٣) . وسيأتي التفصيل في بحث القبض الآتي مباشرة .

ولو قبض المشتري المبيع بإذن البائع ، سقط حق الحبس ، حتى لايملك البائع الاسترداد ، لأنه أبطل حقه بالاذن بالقبض .

ولو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع بعد وفاء الثمن ، سقط حق الحبس ، فليس له استرداده ، لأنه استوفى حقه بإيفاء الثمن ، فيكون قبضاً بحق .

أما لو قبض المشتري المبيع بغير إذن البائع قبل وفاء الثمن ، فلا

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٥٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٤٤ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق نفسه : ٥ ص ٢٤٦ .

(٣) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

يسقط حق الحبس ، وللبائع استرداده ، لأن له حق الحبس ، حتى يستوفي الثمن ، وحق الانسان لايجوز إبطاله عليه من غير رضاه .

فإن كان المشتري تصرف في المبيع في الحالة الأخيرة نظر في ذلك [١] :
إن كان تصرفاً يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والاجارة والرهن ونحوهما ، فسخه البائع ، واسترده ، لأنه تعلق به حقه .

وإن كان تصرفاً لايحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير « أي التحرر بعد موت السيد » والاستيلاد « أي جعل الأمة مستولدة أي حاملاً ، فتصبح حرة بعد موت سيدها » فإنه لايسترده ، لأنه لافائدة في بقاء حق الحبس ، لأن حبس الحر ، أو الذي سيؤول إلى الحرية لايجوز .

معنى التسليم أو القبض وكيفية تحققه

التسليم أو القبض معناه عند الحنفية : هو التخلية أو التخلي ، وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري ، برفع الحائل بينهما ، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه ، فيجعل البائع مسلماً للمبيع ، والمشتري قابضاً له [١] .

وكذلك تسليم الثمن من المشتري إلى البائع .

والقبض يتم بطرق :

١ – **بالتخلية** : وهي أن يتمكن المشتري من المبيع بلا مانع « أي أن يكون مفرزاً » ولا حائل « أي في حضرة البائع » مع الاذن له بالقبض ، فلو اشترى إنسان حنطة في بيت ، ودفع البائع المفتاح اليه ، وقال : خليت بينك وبينها « أي أذنت » فهو قبض . وإن دفع

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٤٤ .

المفتاح اليه ، ولم يقل شيئاً لايكون قبضاً ، وتسليم الدار أو الأرض يتم بأن يقف المشتري في داخلها أو قريباً منها بحيث يرى جانب الأرض أو يقدر على إغلاق باب الدار فوراً ، فإن كان بعيداً عنها بغير هذه الحالة ، لم يكن قبضاً [١] .

٢ ـ **بالاتلاف** : فلو أتلف المشتري المبيع في يد البائع صار قابضاً للمبيع ، وتقرر عليه الثمن ، لأن التخلية تمكين من التصرف في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة .

والتعييب مثل الاتلاف : وهو أن يحدث المشتري في المبيع عيباً ، كأن يقطع يده أو يشج رأسه ، أو أن ينقص منه شيئاً .

وكذا لو أمر المشتري البائع بالاتلاف ففعل ، أو أمره بطحن الحنطة فطحن [٢] ، لأن فعل البائع بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه .

٣ ـ **إيداع المبيع عند المشتري أو إعارته منه** : فلو أودع البائع المبيع عند المشتري أو أعاره منه ، يصير المشتري بذلك قابضاً ، لأن الايداع والاعارة للمالك لايصح ، كما أسلفنا قريباً .

وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره ، وطلب من البائع تسليمه اليه ، يصير قابضاً ، لأن الاعارة والايداع عند آخر عمل صحيح ، فقد أثبت يد النيابة لغيره ، ويد أمينه كيده ، فصار قابضاً .

أما لو أودع المشتري من البائع أو أعاره له أو آجره ، لم يكن

---

(١) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار : ٤ ص ٤٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٦ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار ، المرجع السابق .

ذلك قبضاً ، لأن هذه التصرفات لم تصح من المشتري ، لأن يد الحبس بطريق الأصالة ثابتة للبائع ، فلا يتصور إثبات يد النيابة له [١] .

٤ — **اتباع الجاني بالجناية على المبيع** : لو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان ، كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف ، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري ، ويتقرر عليه الثمن ، ولا يبطل البيع .

وقال محمد : لايصير قابضاً ويبقى المبيع في ضمان البائع ، ويؤمر بالتسليم اليه ، ويكون الهلاك على البائع ، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري .

دليل أبي يوسف : أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمناً ، فيصير قابضاً ، كما لو ارتكب الجناية بنفسه . وبيان ذلك : أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من الشيء المضمون المجني عليه ، لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان ، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري .

ودليل محمد : أن الضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها ، والعين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض ، كان الهلاك على البائع ، فكذا القيمة [٢] .

٥ — **القبض السابق** :

كل ماسبق فيما إذا كان المبيع في يد البائع ، فإن كان في يد المشتري بقبض سابق ، ثم باعه المالك له ، فهل يعتبر قابضاً بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم ؟

(١) البدائع : ٥ ص ٢٤٦ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

في ذلك تفصيل :

لقد قسم الفقهاء القبض من حيث قوة وضعف أثره إلى قسمين : قبض الضمان وقبض الأمانة .

فقبض الضمان : هو ما كان فيه القابض مسؤولاً عن المقبوض تجاه الغير ، فيضمنه ، إذا هلك عنده ، ولو بآفة سماوية ، كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد المشتري .

وقبض الأمانة : هو ما كان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي ، أو التقصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع ، أو المستعير ، أو المستأجر ، أو الشريك .

وقد اعتبروا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب .

والمبدأ العام : أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه ، أو كان السابق أقوى بخلاف ما إذا كان أضعف . فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان ، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط ، ولا ينوب عن قبض الضمان ، لأن الأدنى لايغني عن الأعلى[١] .

وعلى هذا الأساس إذا كان الشي المبيع موجوداً في يد المشتري قبل البيع : إما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة .

أ ـ فان كانت يد المشتري يد ضمان :

١ ـ فإما أن تكون يد ضمان بنفسه : كيد الغاصب ، فيصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ، ولايحتاج إلى تجديد القبض ، ويبرأ

---

(١) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٧ وما بعدها ، فتح القدير: ٥ ص٢٠٠ ، حاشية ابن عابدين : ٤ ص ٥٣٥ .

البائع من التزام التسليم ، سواء أكان المبيع حاضراً في مجلس العقد ، أو غائباً ، لان المغصوب مضمون بنفسه ، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه ، فتجانس القبضان ، فناب أحدهما عن الآخر .

٢ — أو تكون يد ضمان لغيره ، كيد الرهن ، بأن باع الراهن المرهون من المرتهن ، فانه لايصير قابضاً ، إلا أن يكون الرهن حاضراً في مجلس العقد ، أو يذهب إلى حيث يوجد الرهن ، ويتمكن من قبضه ، لأن المرهون ليس بمضمون بنفسه ، بل بغيره ، وهو الدين ، والمبيع مضمون بنفسه ، فلم يتجانس القبضان ، ولأن الرهن أمانة في الحقيقة ، فكان قبضه قبض أمانة ، وإنما يسقط الدين بهلاكه ، لا لكونه مضموناً ، وإنما لمعنى آخر ، وهو الاستيثاق بالدين ، فيهلك الرهن من مال المرتهن ويسقط الدين بقدر الرهن ، لأن الرهن وثيقة بالدين .

وإذا كان قبض الرهن قبض أمانة ، فقبض الأمانة لاينوب عن قبض الضمان ، كقبض العارية والوديعة .

ب — **وان كانت يد المشتري يد أمانة** ، كيد المستعير أو الوديع ، فلا يصير قابضاً ، إلا أن يكون المبيع بحضرته ، أو يذهب إليه ، فيتمكن من قبضه بالتخلي ، لأن يد الأمانة ليست من جنس يد الضمان ، فلا يتناوبان [١] .

(١) البدائع : ٥ ص ٢٤٨ .

المبحث الرابع

البيع الباطل والبيع الفاسد

تمهيـــد :

العقد من حيث حكمه أو وصفه الذي يعطيه الشارع له ، بناء على مقدار استيفائه لأركانه وشروطه : ينقسم عند جمهور الفقهاء إلى صحيح وغير صحيح .

فالصحيح : هو ما استوفى شروطه وأركانه . وغير الصحيح : هو ما اختل فيه ركن من أركانه أو شرط من شروطه ، ولا يترتب عليه أي أثر ، ويشمل الباطل والفاسد ، وهما بمعنى واحد .

وأما الحنفية : فيقسمون العقد إلى صحيح وفاسد وباطل ، فغير الصحيح عندهم : إما فاسد أو باطل .

ومنشأ الخلاف : هو في تقدير نهي الشرع عن عقد ما .. هل النهي يقتضي الفساد أي عدم الاعتبار والوقوع في الاثم معاً ، أم يقتصر على إيجاب الاثم وحده مع اعتباره أحياناً ، ثم هل يستوي النهي عن ركن من أركان العقد مع النهي عن وصف عارض للعقد ؟

قال جمهور الفقهاء : إن نهي الشارع عن عقد ما : يعني عدم اعتباره أصلا ، وإثم من يقدم عليه ، ولا فرق بين النهي عن أركان العقد أو النهي لوصف عارض للعقد ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « من عمل عملا ليس

عليه أمرنا فهو رد ، ومن أدخل في ديننا ما ليس فيه فهو رد »[١] .

وقال الحنفية : قد يكون نهي الشارع عن عقد : معناه إثم من من يرتكبه فقط ، لا إبطاله . ويفرق بين النهي عن أصل العقد أو أركانه ، فيوجب بطلان العقد ، وبين النهي عن أمر آخر كوصف من أوصاف العقد ، فيوجب فساد العقد فقط[٢] .

وعلى هذا الأساس نعرف أن أنواع البيوع عند الحنفية بحسب وصف الشارع لها ثلاثة : صحيح ، وباطل ، وفاسد .

فالبيع الصحيح : هو ما كان مشروعاً بأصله ووصفه[٣] ولم يتعلق به حق الغير ، ولا خيار فيه ، وحكمه : أنه يثبت أثره في الحال . فالبيع الصحيح يثبت أثره وهو تبادل الملكية في العوضين ، فيثبت ملك المبيع للمشتري ، وملك الثمن للبائع فور انتهاء الإيجاب والقبول إذا لم يكن في البيع خيار .

والبيع الباطل : هو ما اختل ركنه أو محله ، أو هو مالا يكون

---

(١) رواه مسلم عن عائشة ، وفي رواية للبخاري ومسلم وأبي داود « من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد » (راجع جامع الأصول : ١ ص ١٩٧) .

(٢) انظر الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٣٦ ومابعدها. والذي يترجح أن أثر النهي المتوجه إلى الوصف كأثر النهي المتوجه إلى ما تتوقف عليه حقيقة الشيء ، سواء في اعتبار الشرع ، وأن البيع الفاسد والباطل سيان لايترتب عليه حكم من الأحكام (راجع أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع وهي رسالة دكتوراه من الأزهر : ص ١٤٧) .

(٣) أصل العقد أي ركنه ومحله فالركن: الإيجاب والقبول، والمحل: موضوع العقد ، ومعنى كون الركن مشروعاً : ألا يعرض له خلل كأن يصدر الإيجاب والقبول من مجنون أو صبي لايعقل . ومعنى كون المحل مشروعاً: أن يكون مالاً متقوماً . وأما وصف العقد : فهو ما كان خارجاً عن الركن والمحل كالشرط المخالف لمقتضى العقد ، أو كون المبيع غير مقدور التسليم ، وكالثمنية فإنها صفة تابعة للعقد .

مشروعاً بأصله ولا بوصفه : أي أن يكون العاقد ليس أهلًا للعقد ، أو أن يكون محل العقد ليس قابلًا له . وحكمه : أنه لا يعتبر منعقداً فعلًا ، وإن وجدت صورته في الخارج فلا يفيد الملك أصلًا ، مثل عقد الطفل أو المجنون أو بيع ما ليس بمال كالميتة ، أو ما ليس بمتقوم كالخمر والخنزير .

والبيع الفاسد : هو ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه أي ان يصدر من أهل له في موضوع قابل للبيع ، ولكن عرض له أمر أو وصف غير مشروع . مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع كبيع دار من الدور أو سيارة من السيارات المملوكة لشخص ، دون تعيين ، وكإبرام صفقتين في صفقة كبيع دار على أن يبيعه سيارته مثلا ، وسنذكر أمثلة أخرى بالتفصيل . وحكمه : أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة ، كأن يقبضه في مجلس العقد أمام البائع دون أن يعترض عليه ، خلافاً لجمهور الفقهاء الذين يقررون أنه لا يفيد الملك أصلًا كالبيع الباطل [١] .

الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل

إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل ، كما إذا باع خمراً أو خنزيراً أو ميتة أو دماً أو صيد الحرم والإحرام ، فلا يفيد الملك أصلا وإن قبض ، لأن الخلل واقع على المبيع ذاته ، وهو أن الخمر والخنزير

---

(١) انظر في ذلك فتح القدير مع العناية : ٥ ص ١٨٥ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٩٩ ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ١٠٤ ، الأموال ونظرية العقد للدكتور يوسف موسى : ص ٤٤٠ وما بعدها .

لايثبت الملك فيها للمسلم بالبيع ، والبيع لا ينعقد بلا مبيع ، والميتة والدم ليسا بمال متقوم ، وقد أبطل الشارع تملك صيد الحرم والإحرام .

وإن كان الفساد يرجع للثمن : فإن كان الثمن مالا في الجملة أي في بعض الأديان او مرغوباً عند الناس ، كالخمر والخنزير وصيد الحرم والإحرام فإن البيع يكون فاسداً أي أنه ينعقد بقيمة المبيع ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ، لأن ذكر الثمن المرغوب دليل على أن غرضهما البيع فينعقد بيعاً بقيمة المبيع .

وأما إن كان الثمن ميتة أو دماً ، فاختلف الحنفية : فقال عامتهم : يبطل ، وقال بعضهم : يفسد ، والصحيح أنه يبطل ، لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلا [١] .

بعد هذا التمهيد :

سنذكر نموذجاً من أنواع البيع الباطل ولو في رأي بعض الفقهاء ، ثم نذكر نموذجاً آخر من أنواع البيع الفاسد ، ثم نعقب ذلك بتفصيل حكم البيع الفاسد وما يترتب عليه .

وقد فصلنا بين نوعي البيع المذكورين منعاً للإبهام أو الإشكال ، على عكس ما نجده في أغلب كتب الحنفية التي تذكر باب البيع الفاسد . وتريد به الأعم من كونه فاسداً أو باطلاً وهو المنهي عنه الممنوع شرعاً [٢] بل إنهم قد يطلقون لفظ الفاسد ويريدون به الباطل ، ويفهم المقصود بالقرائن .

---

(١) المبسوط : ١٣ ص ٢٢ وما بعدها ،فتح القدير والعناية : ٥ ص ١٨٦ ، ٢٢٧ البدائع : ٥ ص ٢٩٩ ، ٣٠٥ .

(٢) انظر فتح القدير : ٥ ص ١٨٥ ، رد المحتار : ص ١٠٤ .

المطلب الأول

البيع الباطل

نذكر من أنواع البيع الباطل ما يأتي :

١ - بيع المعدوم :

اتفق الفقهاء على أنه لاينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النتاج بأن قال : بعت ولد ولد هذه الناقة ، وبيع الحمل الموجود لأنه على خطر الوجود ، وبيع الثمر والزرع قبل ظهوره ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع حبل الحبلة » [١] أي نتاج النتاج . ونهى أيضاً عن بيع المضامين والملاقيح [١] . (والمضامين : مافي أصلاب الذكور ، والملاقيح : مافي بطون الإناث) ونهى كذلك عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه ، كما سيأتي .

ومن الملحق بالمعدوم : بيع لؤلؤ في صدف ، وبيع اللبن في الضرع وبيع الصوف على ظهر الغنم ، ومثله بيع الكتاب قبل طبعه ، فإن بيع ذلك لا يجوز عند جمهور الفقهاء ؛ لأن موضوع العقد غير موجود بالتأكيد ، ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « نهى

---

(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأبو داود والنسائي والترمذي عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع حبل الحبلة » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٤١ ، نيل الأوطار: ٥ ص ١٤٧) .

(٢) فيه عدة روايات منها ماررواه عبد الرزاق في مصنفه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن المضامين ، والملا قيح ، وحبل الحبلة : قال : والمضامين : مافي أصلاب الإبل ، والملا قيح : ما في بطونها ، وحبل الحبلة : ولد ولد هذه الناقة (انظر نصب الراية: ٤ ص ١٠) .

رسول الله ﷺ أن تباع ثمرة حتى تطعم [١] ، ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع » [٢] ولأن بيع اللبن في الضرع مجهول الصفة والمقدار. وجهالة مقداره ، لأنه قد يرى امتلاء الضرع من السمن ، فيظن أنه من اللبن . وجهالة الصفة : لأنه قد يكون اللبن صافياً ، وقد يكون كدراً فأشبه الحمل ، لأنه بيع عين لم تخلق ، فلم يجز كبيع ما تحمل الناقة ، والعادة في ذلك تختلف . وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة : بل شيئاً فشيئاً ، فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما .

وأما لبن الظئر (أي المرضع) فيجوز بيعه للحضانة ، لموضع الحاجة .

وأما بطلان بيع الصوف على ظهر الغنم ، فلأنه يقع الاختلاف في موضع القطع من الحيوان ، فيقع الإضرار به ، وفيه علة أخرى وهي : أنه معجوز التسليم ، لأن الصوف ينمو ساعة فساعة ، فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما .

وخالف الإمام مالك في الحالتين ، فقال : يجوز بيع اللبن في الضرع في الغنم ، لا في الشاة الواحدة ، أياماً معلومة ، إذا عرف قدر حلابها ، لسقي الصبي ، كابن الظئر ، لتسامح غالب الناس به أياماً معلومة غالباً ، بل رأينا من يسامح بلبن بقرته الشهر وأكثر بطريق الإباحة أو الهبة . وقال أيضاً : يصح بيع الصوف على ظهر الغنم ، لأنه مشاهد يمكن تسليمه . هناك رواية عند الحنابلة تقرر مثل هذا الحكم وهو أنه يجوز بيع الصوف

---

(١) تطعم — بكسر العين أي يبدو صلاحها .

(٢) حديث مرفوع مسند رواه الطبراني في معجمه عن ابن عباس ، وأخرجه الدارقطني والبيهقي في سننيهما (انظر نصب الراية : ٤ ص ١١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٩) .

على ظهر الغنم ، بشرط جزّه في الحال ، لأنه معلوم يمكن تسليمه [١] .

٢ - بيـع معجوز التسليم :

يرى جمهور الحنفية كما في ظاهر الرواية : أنه لاينعقد بيع معجوز التسليم عند العقد ، ولو كان مملوكاً ، كالطير الذي طار من يد صاحبه ، أو العبد الآبق (الفارّ) واللقطة ، ويكون البيع باطلا ، حتى لو ظهر الآبق ونحوه يحتاج إلى تجديد الإيجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا حينئذ ، فيكون بيعاً مبتدءاً بالتعاطي .

ولو قدر على التسليم في المجلس لا يعود جائزاً ، لأنه وقع باطلا ، وعن الكرخي والطحاوي : أنه يعود جائزاً .

وكذا يبطل العقد إذا جعل ذلك ثمناً ، لأن الثمن إذا كان عيناً ، فهو بيع في حق صاحبه [٢] .

---

(١) انظر المبسوط : ١٣ ص ٢٣ ، البدائع : ٥ ص ١٣٩ ، ١٤٨ ، فتح القدير : ٥ ص ١٩٢ ، رد المحتار : ٤ ص ١٠٦ ، ١١٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٧ ، ١٥٧ ، الميزان : ٢ ص ٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٠ ، المهــذب : ١ ص ٢٦٢ المغني : ٤ ص ٢٠٨ وما بعدها ، سبل السلام : ٣ ص ٣٢ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٨ .

(٢) وذكر الكرخي رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق ، حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج إلى تجديد البيع ، ودليله : أن الإباق لايوجب زوال الملك ، ألا ترى أنه لو أعتقه أو دبره ينفذ ، فإذا باعه يكون قد باع مالاً مملوكاً له ، إلا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم ، فان سلم زال المانع ، فينفذ ، ويكون كبيع المغصوب الذي في يد الغاصب إذا باعه المالك لغيره ، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم .

ووجه ظاهر الرواية : هو أن القدرة على التسليم شرط انعقاد العقد ، لأنه لاينعقد إلا لفائدة ، ولا يفيد إذا لم يكن قادراً على التسليم ، والعجز عن التسليم ثابت حـالة العقد ، وفي حصول القدرة بعد ذلك شك ، واحتمال قد يحصل وقد لايحصل . ومالم يكن منعقداً بيقين لاينعقد لفائدة محتملة ، بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب ، فإنه ينعقد موقوفاً على التسليم ، حتى لو سلم ينفذ ، لأن المالك هنا قادر على التسليم بقدرة السلطان =

وقال المالكية : لاينعقد بيع البعير الشارد والبقرة المتوحشة والمغصوب إلا أن يبيعه من غاصبه .

وقال الشافعية والحنابلة : لايجوز (أي لا ينعقد) بيع مالا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء أو السمك في الماء والجمل الشارد ، والفرس العائر (أي الهائم على وجهه) والمال المغصوب في يد الغاصب والعبد الآبق ، سواء علم مكانه أو جهل ، ومثله بيع الدار أو الأرض تحت يد العدو (١) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة ، وعن بيع الغرر (٢) ، وهذا غرر ، وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ نهى عن شراء العبد الآبق ، وعن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع

= والقاضي وجماعة المسلمين ، إلا أنه لم ينفذ للحال ، لوجود يد الغاصب صورة ، فإذا سلم زال المانع ، فينفذ ، بخلاف الآبق ، لأنه معجوز التسليم على الإطلاق ، فأشبه بيع الآبق بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء (البدائع : ٥ ص ١٤٧ ومابعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٩٩ ، رد المحتار : ٤ ص ١١٢ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٢ ، الأموال ونظرية العقد لأستاذنا محمد يوسف موسى : ص ٣١٤) .

وقال المالكية : لايجوز (أي لاينعقد) بيع الآبق حال إباقه ، إذا لم يعلم موضعه أو علم أنه عند من لايسهل خلاصه منه أو عند من يسهل خلاصه منه ، ولم تعلم صفته فإذا كان معلوم الصفة ، معلوم الموضع عند البائع والمشتري جاز ، قال ابن رشد : وأظنه (أي الإمام مالك) اشترط أن يكون معلوم الإباق ، ويتواضعان الثمن أي لايقبضه البائع حتى يقبض المشتري المبيع (بداية المجتهد : ٢ ص ١٥٦ ، الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١١) وقد ذكرت حكم العبد الآبق لمجرد الاطلاع من الناحية التاريخية .

(١) المهذب : ١ ص ٢٦٣ ، المغني : ٤ ص ٢٠٠ وما بعدها .

(٢) رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه عن أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر » وقد سبق تخريجه . وبيع الحصاة مثل أن يقول : بعتك من هذه الاثواب ماوقعت عليه هذه الحصاة ثم يرمي الحصاة . (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٧) .

وعن شراء ما في ضروعها ، وعن شراء الغنائم حتى تقسم [١] . وعن ابن مسعود أن رسول ﷺ قال : « لاتشتروا السمك في الماء فإنه غرر » [٢] فقد علل النهي عن بيع السمك بأنه غرر ، فدل على أن الغرر : مالا يقدر على تسليمه .

والخلاصة أن المذاهب الأربعة متفقة على بطلان بيع مالا يقدر على تسليمه ، مع الخلاف في بعض القيود أحياناً أو مع أقوال ضعيفة في المذهب .

وذهب الظاهرية إلى أنه لا يشترط في صحة البيع أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم ، وإنما الواجب أن لايحول البائع بين المشتري وبين ما اشتراه [٣] .

بيع الدين :

وبناء على هذا فلا ينعقد كما أسلفنا بيع الدين من غير من عليه الدين عند الحنفية والحنابلة والظاهرية ، لأن الدين غير مقدور التسليم في حق البائع ، ولو شرط التسليم على المدين لايصح أيضاً ، لأنه شرط التسليم على غير البائع ، فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع .

وأما المالكية والشافعية في المشهور عندهم : فأجازوا بيع الدين إلى غير المدين بشروط ثمانية تتلخص في شرطين هما :

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدري ونصه : «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن شراء مافي بطون الأنعام حتى تضع ، وعن بيع مافي ضروعها إلا بكيل ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ، وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة الغائص » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٩) .

(٢) رواه أحمد موقوفاً ومرفوعاً والطبراني في الكبير كذلك ، ورجال الموقوف رجال الصحيح (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ٨٠) .

(٣) أصول البيوع الممنوعة : ص ١٣٠ .

١ – ألا يؤدي إلى محظور شرعي كالربا وغيره ، فلا بد أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه كأن يكون من قرض ونحوه ، وأن يباع بثمن مقبوض لئلا يكون ديناً بدين ، وأن يكون الثمن من غير جنس الدين أو من جنسه مع التساوي حذراً من الوقوع في الربا ، وألا يكون الثمن ذهباً إذا كان الدين فضة حتى لايؤدي إلى بيع النقد بالنقد .

٢ – أن يغلب على الظن الحصول على الدين بأن يكون المدين حاضراً في بلد العقد ، وأن يكون ممن يلتزم بالأحكام [١] ليكون الدين مقدور التسليم ، وألا يكون بين المشتري وبين المدين عداوة لئلا يتوصل بذلك إلى ضرره والتسلط عليه [٢] .

ويجوز عند جمهور الفقهاء بيع الدين ممن عليه الدين ، لأن المانع هو العجز عن التسليم ، ولا حاجة إلى التسليم ههنا [٣] وخالف في هذا بعض فقهاء الظاهرية فمنعوا بيع الدين إلى المدين لوجود الغرر فيه ، ونوقش ذلك بأن الغرر لا يتحقق إذا كان البدلان في بيع الدين معلومين قدراً وصفة [٤] .

٣ – بيع الغرر :

يتحقق بيع الغرر إما بعدم القدرة على التسليم كبيع الآبق والفرس النافر كما بينا ، أو بكونه معدوماً أو مجهولاً ، أولا يتم ملك البائع له كالسمك في الماء الكثير ونحو ذلك من الصور [٥] .

---

(١) أي ليس قاصراً ولا محجوراً عليه مثلاً .
(٢) أصول البيوع الممنوعة : ص ١٠٧ – ١٠٩ .
(٣) البدائع : ٥ ص ١٤٨ ، أصول البيوع الممنوعة : ص ١١١ .
(٤) أصول البيوع الممنوعة : ص ١١١ – ١١٢ .
(٥) سبل السلام : ٣ ص ١٥ .

قال النووي : النهي عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً . ويستثنى من بيع الغرر أمران : أحدهما : ما يدخل في المبيع تبعاً ، بحيث لو أفرد لم يصح بيعه كبيع أساس البناء تبعاً للبناء واللبن في الضرع تبعاً للبداية . والثاني - ما يتسامح بمثله عادة ، إما لحقارته أو للمشقة في تمييزه أو تعيينه كدخول الحمام بالأجر مع اختلاف الناس في الزمان ومقدار الماء المستعمل ، وكالشرب من الماء المحرز ، وكالجبة المحشوة قطناً [١] .

والغرر في اللغة : التعريض للهلاك أو على خطر الوجود . وبيع الغرر : هو بمعنى مغرور اسم مفعول ، وإضافة المصدر إليه من إضافته إلى اسم المفعول ، ومعناه : الخداع الذي هو مظنة أن لا رضا به عند تحققه فيكون من أكل المال بالباطل [٢] . وعلى هذا فإن الغرر يتناول الغش والخداع والجهالة بالمعقود عليه ، وعدم القدرة على تسليمه .

قال الإسنوي : الغرر : هو ما تردد بين شيئين أغلبهما أخوفهما [٣]. فالأغلب في الطير : عدم الامساك ، فيأتي أخوفهما وهو ضياع الطير .

والخلاصة أن بيع الغرر : هو البيع الذي يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين فيؤدي إلى ضياع ماله [٤] .

وعرفه الاستاذ مصطفى الزرقاء ، فقال بيع الغرر : أي بيع الأشياء الاحتمالية غير المحققة الوجود أو الحدود ، لما فيه من مغامرة وتغرير يجعله أشبه بالقمار . والغرر الذي يبطل البيع هو غرر الوجود : وهو كل ما كان

---

(١) نيل الاوطار : ٥ ص ١٤٨ .

(٢) سبل السلام : ٣ ص ١٥ .

(٣) نهاية السول شرح منهاج الأصول : ٢ ص ٨٩ .

(٤) أصول البيوع الممنوعة : ص ١٣٠ .

المبيع فيه محتملا للوجود والعدم ، أما غرر الوصف فمفسد للبيع [١] كما عرفنا في شرائط الصحة .

وقد اتفق الفقهاء على بطلان بيع الغرر ، كما في بيع السمك في الماء والطير في الهواء ، وبيع مال الغير على أن يشتريه ، فيسلمه ، لأنه باع ماليس بمملوك له في الحال سواء أكان السمك في البحر او في النهر أو في حظيرة لا يؤخذ منها إلا باصطياد ، وسواء أكان الغرر في المبيع أو فى الثمن . وقد أجاز المالكية الغرر اليسير أو الذي تدعو إليه الضرورة كبيع الجوز واللوز والباقلا في قشره .

والدليل على بطلان بيع الغرر : هو أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحصاة [٢] وعن بيع الغرر . وعن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « لا تشتروا السمك في المـــاء فإنه غرر » [٣] ولأنه غير مقدور على تسليمه ، وفيه جهالة فاحشة بموضوع العقد ، ولأنه غير مملوك للبائع حال العقد [٤] .

٤ — بيع النجس والمتنجس :

قال الحنفية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة والدم، لأنها ليست

---

(١) المدخل الفقهي العام : ١ ص ٩٧، عقد البيع : هامش ص ٢٠ .

(٢) كأن يقول : ارم بهذه الحصاة فعلى أي ثوب وقعت فهو لك ، أو بعتك من هذه الأرض ما انتهت إليه الحصاة في الرمي ، ولفظ الغرر يشملها، وإنما أفردت بالذكر لكونها كانت مما يبتاعها أهل الجاهلية .

(٣) قد سبق قريباً تخريج هذين الحديثين .

(٤) انظر المنتقى على الموطأ : ٥ ص ٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٧ ومابعدها، سبل السلام : ٣ ص ١٥ ، فتح القدير : ٥ ص ١٩١ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ١٤٦ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١١١ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٥٦ ، المهذب : ١ ص ٢٦٣، المغني : ٤ ص ٢٠١ ، القوانين الفقهيـــة : ص ٢٤٧ ، الفروق للقرافي : ١ ص ١٥٠ وما بعدها .

بمال أصلاً . ويكره بيع العذرة، ولا بأس ببيع السرقين أو السرجين: وهو (الزبل) وبيع البعر ، لأنه منتفع به ، لأنه يلقى في الأرض لا ستكثار الريع ، فكان مالاً ، والمال محل للبيع بخلاف العذرة ، لأنه لا ينتفع بها إلا مخلوطة ويجوز بيع المخلوط كالزيت الذي خالطته النجاسة .

ويصح عندهم بيع كل ذي ناب من السباع ، كالكلب والفهد والأسد والنمر والذئب والهر ونحوها ، لأن الكلب ونحوه مال ، بدليل أنه منتفع به حقيقة ، مباح الانتفاع به شرعاً على الإطلاق كالحراسة والاصطياد، فكان مالاً. ويصح بيع الحشرات والهوام كالحيات والعقارب إذا كان ينتفع به .

ويصح بيع المتنجس والانتفاع به في غير الأكل كالدبغ والدهان والاستضاءة به في غير المسجد ، ماعدا دهن الميتة ، فإن لا يحل الانتفاع به .

والضابط عندهم : أن كل مافيه منفعة تحل شرعاً، فإن بيعه يجوز [1].

وقال المالكية : لا ينعقد بيع الخمر والخنزير والميتة لحديث جابر : قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يارسول الله ، أرأيت شحوم الميتة ، فإنه يطلى بها السفن ، وتدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس ؟ فقال : لا ، هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ : قاتل الله اليهود إن الله تعالى لما حرم عليهم شحومها جملوه « أذابوه » ثم باعوه فأكلوا ثمنه » [2] وقال في الخمر : إن الذي حرم شربها حرم بيعها [3] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٤٢ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٨٨ ، ٨ ص ١٢٢ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ ص ٢٣١ وما بعدها .

(٢) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد والموطأ عن جابر بن عبد الله (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٧٥ ، سبل السلام : ٣ ص ٥).

(٣) رواه مسلم والموطأ والنسائي عن عبد الرحمن بن وَعْلة رحمه الله أن ابن عباس روى له هذا الحديث (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٧٧).

ولا ينعقد بيع الكلب مع كونه طاهراً ، سواء أكان كلب صيد أو حراسة ، لأنه نهي عن بيعه ، ففي الحديث : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن »[١] . وقال سحنون : أبيعه وأحج بثمنه .

ولا ينعقد بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره ، كزيت وعسل وسمن وقعت فيه نجاسة . أما المتنجس الذي يمكن تطهيره ، كثوب ، فإنه يجوز بيعه .

ولا ينعقد أيضاً بيع ما نجاسته أصليه كزبل مالا يؤكل لحمه ، وكعذرة وعظم ميتة ، وجلدها ، ويصح بيع روث البقر وبعر الغنم والإبل ونحوها للحاجة إليها لتسميد الأرض وغير ذلك من ضروب الانتفاع[٢] .

وقال الشافعية والحنابلة : لايجوز بيع الخنزير والميتة والدم والخمر ، وما أشبه ذلك من النجاسات ، لقول الرسول ﷺ : « إن الله ورسوله حرم[٣] بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام » .

ولا يجوز بيع الكلب ولو كان معلماً للنهي الوارد فيه في الحديث السابق : « نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب ... » .

ولا يصح بيع مالا منفعة فيه كالحشرات وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد ، كالأسد والذئب ، والطيور التي لا تؤكل ، ولا تصطاد ،

---

(١) رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد عن أبي مسعود الأنصاري – عقبة بن عمرو (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٤٣ ، نصب الراية : ٤ ص ٥٢) .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٠ وما بعدها ، الحطاب على متن خليل : ٤ ص ٢٥٨ وما بعدها ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٢٥ وما بعدها ، القوانين الفقهية : ص ٢٣٩ .

(٣) رواية الصحيحين هكذا بإفراد الضمير ، وفي بعض الطرق « ان الله حرم » وفي رواية سبق ذكرها « إن الله ورسوله حرما » .

كالرخمة والحدأة والغراب ، لأن مالا منفعة فيه لا قيمة له ، فأخذ العوض عنه من أكل المال بالباطل ، وبذل العوض فيه من السفه .

ولا يجوز بيع المتنجس الذي لا يمكن تطهيره من النجاسة كالخل والدبس ، ولكن يصح بيع المتنجس الذي يمكن تطهيره كالثوب ونحوه.

ولا يجوز بيع السرجين ونحوه من النجاسات [١] .

والخلاصة : أن فقهاء الحنفية والظاهرية يجيزون بيع النجاسات للانتفاع بها إلا ماورد النهي عن بيعه منها ، وأما فقهاء المالكية والشافعية والمشهور عند الحنابلة : فلا يجيزون بيع النجاسات .

٥ — بيع العربون :

في العربون ست لغات أفصحها فتح العين والراء ، وضم العين وإسكان الراء . وعربان بالضم والإسكان ، وهو أعجمي معرب ، وأصله في اللغة : التسليف والتقديم .

وبيع العربون : هو أن يشتري الرجل شيئاً ، فيدفع الى البائع من ثمن المبيع درهماً ، أو غيره .

على أنه إن نفذ البيع بينهما احتسب ذلك المدفوع من الثمن ، وإن لم ينفذ ، فذلك هبة من المشتري للبائع .

وقد اختلف فيه العلماء ، فقال الجمهور : إنه بيع باطل ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع العربان [٢] ولأنه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال

(١) المهذب : ١ ص ٢٦١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١ ، المغني : ٤ ص ٢٥١ ، ٢٥٥ وما بعدها .

(٢) هذا حديث منقطع رواه أحمد والنسائي وأبو داود وهو لمالك في الموطأ ، وفيه راو لم يسم ، وسمي في رواية ، فإذا هو ضعيف ، وفيه طرق لا تخلو عن مقال ، وهو مروي =

بغير عوض ، ولأن فيه شرطين فاسدين : أحدهما — شرط الهبة ، والثاني شرط الرد على تقدير أن لايرضى ، ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي ، ولأنه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن يكون له رد المبيع من غير ذكر مدة ، فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً. وهذا هو مقتضى القياس[١].

وقال أحمد بن حنبل : : لابأس به ودليله ماروي فيه عن نافع بن عبد الحارث : « أنه اشترى لعمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف درهم ، فإن رضي عمر ، كان البيع نافذا ، وإن لم يرض فلصفوان أربعمائة درهم » . وضعف أحمد الحديث المروي في بيع العربان ، وقد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباط في التعامل التجاري الذي يتضمن التعهد بتعويض ضرر الغير عن التعطل والانتظار[٢].

= عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، وفسر الإمام مالك بيع العربان ، فقال : « هو أن يشتري الرجل العبد أو الأمه أو يكتري ، ثم يقول للذي اشترى منـه أو اكترى منه : أعطيتك ديناراً أو درهماً على أني إن أخذت السلعة فهو من ثمنها وإلا فهو لك » (انظر سبل السلام : ٣ ص ١٧ ، نيل الاطار : ٥ ص ١٥٣ ، الموطأ : ٢ ص ١٥١).

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ١٦١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٩ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٣ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ١٥٧ ، شرح المجموع للإمام النووي : ٩ ص ٣٣٥ .

(٢) المغني : ٤ ص ٢٣٢ ، انظر مصادر الحق للسنهوري : ٢ ص ٩٦ وما بعدها ، المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف ٢٣٤ .

المطلب الثاني

البيع الفاسد

البيـع الفاسد في اصطلاح الحنفية كما قدمنا : ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه ويفيد الملك بالقبض . وعند غير الحنفية : البيـع إما صحيـح أو باطل ، وغير الصحيـح لا يفيد الملك أصلا .

وسنذكر هنا نموذجاً من أنواع البيوع الفاسدة عند الحنفية ، مـع الاشارة إلى حكمها عند غيرهم .

١ - بيـع المجهول :

قال الحنفية : إذا كان المبيـع أو الثمن مجهولاً جهالة فاحشة وهي التي تفضي إلى المنازعة ، فسد البيـع ، لأن هذه الجهالة مانعة من التسليم والتسلم ، فلا يحصل مقصود البيـع .

فإن كان مجهولاً جهالة يسيرة وهي التي لا تؤدي إلى المنازعة ، لا يفسد البيع ، لأن هذه الجهالة لا تمنع من التسليم والتسلم ، فيحصل مقصود البيـع .

والعرف هو المحكم في بيان نوع الجهالة : يسيرة أو فاحشة . فإذا لم يبين مثلا جنس الحيوان أو لم يبين « ماركة » المذياع أو آلة التصوير ، يعتبر المبيـع مجهولاً جهـالة فاحشة تمنع من صحة العقد على بيعه ، إذ تؤدي حتماً إلى نزاع شديد بين المتعاقدين [١] .

---

(١) الأموال ونظرية العقد : ص ٣١٢ .

ومن الجهالة اليسيرة :

أن يبيع شخص قفيزاً [١] من صبرة معينة بدراهم ، أو عدلاً من الثياب بكذا ، ولا يعرف عددها ، أو هذه الصبرة بكذا ، ولا يعلم عدد القفزان : جاز البيع [٢] لزوال الغرر ، ولأن الجهالة مغتفرة لا تفضي إلى المنازعة عادة . ومثل ذلك أن يبيع أحد الشيئين أو الثلاثة دون ما زاد على ذلك ، مع اشتراط المشتري الخيار لنفسه بين أن يأخذ واحداً أويرد الباقي ، فيصح البيع استحساناً ، والقياس أن يفسد البيع .

وجه القياس : هو أن المبيع مجهول ، لأنه باع أحد الشيئين ، وهو غير معلوم ، فكان المبيع مجهولا ، فيمنع صحة البيع ، كما لو باع أحد الأثواب الأربعة ، وذكر الخيار .

وأما وجه الاستحسان فهو **أولاً** — الاستدلال بشروعية خيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة إلى دفع الغبن ، وكل واحد من الخيارين طريق إلى دفع الغبن ، فورود الشرع في خيار الشرط يكون وروداً ههنا والحاجة تندفع بالتحري في ثلاثة أشياء ، لاقتصار الاشياء في العادة على الجيد والوسط والرديء ، فيبقى الحكم في الزيادة مردوداً إلى أصل القياس وهو أن يكون المبيع معلوماً .

وثانياً — لأن الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم إلى ذلك ، فإن كل أحد لايمكنه أن يدخل السوق ، فيشتري ما يحتاج إليه خصوصاً الأكابر (أي كبار السن) والنساء ، فيحتاج أحد هؤلاء إلى أن يكلف غيره

---

(١) القفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك : صاع ونصف ، والصاع أربعة أمداد ، والمد رطل وثلث بالبغدادي تقريباً ، والرطل مائة وثلاثون درهماً ، والدرهم (٣،١٢ غم) .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٥٨ ، المهذب : ١ ص ٢٦٣ .

بشراء شيء ، ولا تتحقق حاجته بشراء شيء واحد معين من ذلك الجنس لأنه قد لا يوافق حاجته أو رغبته ، فيحتاج إلى أن يشتري أحد اثنين من ذلك الجنس ، فيحملها الشخص إلى من كلفه بذلك ، فيختار أيها شاء ، بالثمن المذكور ، ويرد الباقي ، فجاز ذلك لتعامل الناس ، ولا تعامل فيما زاد على الأشياء الثلاثة ، فيبقى الحكم فيه على أصل القياس (١) .

ويلاحظ أن الاصح عند الحنفية في هذه الحالة عدم اشتراط تعيين مدة للخيار ، كما في المدة المشتروطة في خيار الشرط وهي : (ثلاثة أيام فما دونها عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : ثلاثة أيام وما زاد عليها بعد أن يكون ذلك معلوماً فيصح البيع من غير ذكر المدة .

وقال بعض الحنفية : لا يجوز هذا البيع إلا بذكر مدة خيار الشرط ، لأن المبيع لو كان شيئاً واحداً معيناً ، وفيه خيار شرط ، فإن بيان المدة شرط لصحة البيع ، فكذا إذا كان واحداً غير معين . والجامع بينهما : أن ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار ، وإنه مفسد للبيع .

واستدل الأولون : بأن هناك فرقاً بين خيار الشرط وخيار التعيين : وهو أن خيار الشرط يمنع ثبوت حكم البيع ، وهو نقل الملكية في مدة الخيار ، فكان توقيت المدة أمراً ضرورياً في حدود الحاجة إلى دفع الغبن بالتأمل في صلاحية المبيع . أما خيار التعيين فلا يمنع ثبوت حكم البيع بل يثبت الحكم في أحد الشيئين غير معين ، وإنما يمنع تعين المبيع فقط ، فلا يشترط له بيان المدة .

ومن الجهالة الفاحشة :

أن يبيع إنسان أحد الأشياء الأربعة ، أو شاة من قطيع على أنه

(١) البدائع : ٥ ص ١٥٧ ، فتح القدير : ٥ ص ١٣٠ ، ١٩٧ .

بالخيار بين أن يأخذ واحداً منها ويرد الباقي ، وكذا إذا اشترى أحد الأشياء الثلاثة أو أحد الشيئين ، ولم يذكر فيه الخيار ، فلا يجوز بيع ثوب من ثوبين ، أو من أثواب ثلاث مثلاً ، ويكون البيع فاسداً لجهالة المبيع ،وهي جهالة تفضي إلى المنازعة ، لأن البائع يريد إعطاء الرديء ، والمشتري يريد أخذ الجيد بحجة عدم التعيين [١] .

وعلى الجملة فإن الجهالة الفاحشة ترجع غالباً إلى أربع جهات [٢] أشرنا اليها سابقاً :

١ — **جهالة المبيع** : جنساً أو نوعاً أو قدراً بالنسبة إلى المشتري وقد ذكرنا بعض الأمثلة على ذلك .

٢ — **جهالة الثمن**: كما إذا باع الفرس بمائة شاة من هذا القطيع ونحوه فيكون العقد فاسداً لجهالة الثمن .

وكذا إذا باع هذا الثوب بقيمته ، يكون البيع فاسداً ، لأنه جعل ثمنه قيمته ، والقيمة تختلف باختلاف تقويم المقومين ، فكان الثمن مجهولاً .

وكذا لو اشترى شخص بحكم البائع أو المشتري أو بحكم فلان : يكون البيع فاسداً ، لأنه لا يدري بماذا يحكم فلان ، فكان الثمن مجهولاً .

وإذا قال : « بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزي شعير » يكون البيع فاسداً ، لأن الثمن مجهول . وقيل : إنه البيعان في بيع ، وقد نهى الرسول ﷺ عن البيعتين في بيعة [٣] . واذا قال : « إن أخذته

---

(١) المرجعان السابقان ، الدر المختار بهامش رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ١١٥

(٢) عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٢٦ .

(٣) رواه الموطأ والترمذي والنسائي وأبو داود عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٤٦) .

حالاً بخمسة وإن أخذته مؤجلاً بسبعة » فالبيع فاسد ، لأنه لم يستقر الثمن على شيء ، هل حالاً أم مؤجلاً ، فلو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين ، صح .

وكذا البيع برأس المال المجهول أو بالرقم [1] (بسكون القاف) دون أن يعلم المشتري رقمه ولا رأس ماله فالبيع فاسد ، فإن علم المشتري رأس ماله أو رقمه في مجلس البيع ، فانه يعود جائزاً استحساناً لأن المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس ، ولما كان المجلس حكم حالة العقد ، فقد صار كأنه كان معلوماً عند العقد فإذا لم يعلم حتى تفرقا تقرر الفساد [2] .

وقال زفر : إذا وقع العقد فاسداً من حين وجوده لا يحتمل الجواز بحال ، لاستحالة انقلاب الفاسد جائزا عنده [3] .

٣ ـ **جهالة الأجل** : كما إذا باع إلى أجل كذا أو كذا ، فيفسد

---

(١) وهو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ولا يعلم المشتري ذلك المقدار (العناية : ٥ ص ١١٣) ففي هذا البيع جهالة بذات المبيع ووصفه . وصورته : أن يكون هناك سلع متعددة تتفاوت أجناسها وقيمها ، وكل سلعة منها ذات رقم خاص يختلف عن أرقام سواها ، فيدفع المشتري قدراً من المال ، ويأخذ ورقة تحمل رقماً خاصاً ، فما وافق رقمه من السلع كان هو المبيع الذي يستحقه في نظير مبلغه ، قل أو كثر ، فيؤدي ذلك إلى فقد عنصر الاختيار والارادة ، وهذا يشبه بيع الحصاة الذي كان سائداً في الجاهلية (انظر أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع : ص ٧٢ ، ٧٥) والخلاصة أن الرقم : هو الكتاب ، ورقم الثوب كتابه ، ومعنى بيع السلعة برقمها : هو أن يبيعها بما هو مكتوب فيها من الثمن ، ولا يعلم به المشتري حتى ينظره بعد العقد ، ومنه قوله تعالى : « كتاب مرقوم » (هامش المهذب : ١ ص ٢٦٦) .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٥٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٣٠ ، فتح القدير مع العناية : ٥ ص ١١٣ ، المبسوط : ١٣ ص ٤٩ .

(٣) البدائع : ٦ ص ١٢٤ .

البيع ، لأن الأجل مجهول . وكذا الجهالة في مدة خيار الشرط تفسد البيع .

ولو باع إلى قدوم الحاج والحصاد والدياس (دوس الحب بالقدم ونحوها) والقطاف (قطاب العنب) والجزاز (جز صوف الغنم) فالبيع فاسد ؛ لأن هذه الجهالة مفضية إلى النزاع بسبب تقدم هذه الأوقات وتأخرها .

فلو باع شخص إلى هذه الآجال ، ثم تراضى الطرفان على إسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ، لأن الفساد للمنازعة ، وقد ارتفع قبل تقرره ، وهذه الجهالة ليست في صلب العقد ، وإنما هي في أمر خارج : وهو الأجل [١] .

٤ ـ **الجهالة في وسائل التوثيق** : كما لو اشترط البائع تقديم كفيل أو رهن بالثمن المؤجل فيجب أن يكونا معينين ، وإلا فسد البيع .

هذا هو تفصيل مذهب الحنفية في بيع المجهول .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : لايجوز بيع عين مجهولة كسيارة من سيارات أو ثوب من ثوبين أو أثواب ، ولا بيع بثمن مجهول ولا بثمن مؤجل إلى أجل مجهول ونحو ذلك ، ويكون البيع حينئذ باطلاً ، لوجود الغرر بسبب جهالة المبيع ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر . ومن هنا قرروا في شروط انعقاد البيع أن يكون المبيع معلوماً للمتعاقدين ، لا من كل وجه ، بل عيناً في المعين وقدراً وصفة فيما في الذمة ، وأن يكون الثمن معلوم الصفة والقدر والأجل ، فلا يجوز تعليق البيع على شرط مستقبل كمجيء الشهر وقدوم الحاج ، لأنه بيع غرر [٢] .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٢٢ وما بعدها ، المبسوط : ١٣ ص ٢٦ ، رد المحتار : ٤ ص ١٢٥ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٥ ، المهذب : ١ ص ٢٦٣ ، ٢٦٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١٦ ، المغني : ٤ ص ٢٠٩ ، ٢٣٤ .

٢ – بيع العين الغائبة أو غير المرئية :

قال الحنفية : يجوز بيع العين الغائبة من غير رؤية ولا وصف ، فإذا رآها المشتري كان له الخيار : فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده . وكذلك المبيع على الصفة يثبت فيه خيار الرؤية ، وإن جاء على الصفة التي عينها البائع كأن يشتري فرساً مجللا « مغطى » أو متاعاً في صندوق أو مقداراً من الحنطة في هذا البيت .

ودليلهم على صحة البيع في الحالتين : أنه إذا كان للمشتري خيار الرؤية ، فلا غرر عليه ، فلا تؤدي الجهالة إلى النزاع مطلقاً ، مادام للمشتري الخيار [١] .

واستدلوا أيضاً بحديث « من اشترى شيئاً لم يره ، فهو بالخيار إذا رآه » [٢] .

وقال المالكية : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض . فإذا جاء على الصفة المذكورة كان البيع لازماً ، وذلك لأن هذا من الغرر اليسير ، والصفة تنوب عن المعاينة بسبب غيبة المبيع ، أو المشقة التي تحصل في إظهاره ، وما قد يلحقه من الفساد بتكرار الظهور والنشر [٣] .

وقال الشافعية في الأظهر عندهم : لايصح بيع الغائب وهو مالم يره المتعاقدان ، أو أحدهما ، وإن كان حاضراً ، لما في ذلك من الغرر ،

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٦٣ ، فتح القدير : ٥ ص ١٣٧ .

(٢) روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه عن أبي هريرة . والمرسل رواه ابن أبي شيبة والدارقطني والبيهقي في سننيهما عن مكحول ، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه (انظر نصب الراية : ٤ ص ٩ ، المقاصد الحسنة : ص٤٠٣).

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص١٥٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٤٨ .

وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر ، وفي بيع مالا يعرف جنسه أو نوعه غرر كبير ، وماعرف جنسه أو نوعه لايصح بيعه لوجود الغرر فيه بسبب الجهل بصفة المبيع ، كما لايصح السلم مع جهالة صفة المسلم فيه ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الغرر .

وأما حديث خيار الرؤية : « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي . وقال الدارقطني عنه : إنه باطل لايصح ، لم يروه غيره (١) .

وقال الحنابلة في أظهر الروايتين عندهم : إن الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لايصح بيعه ، فإن صححناه بحسب الرواية الأخرى ، فيثبت الخيار للبائع والمشتري عند الرؤية . ودليل الرواية الأولى أنه ﷺ نهى عن بيع الغرر .

ـ أما إذا وصف المبيع للمشتري فذكر له من صفاته مايكفي في صحة السلم ، صح بيعه في ظاهر المذهب ، وعن أحمد : لايصح حتى يره ، لأن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع ، فلم يصح البيع بها كالذي لا يصح السلم فيه .

استدلوا على ظاهر المذهب : بأنه بيع بالصفة فصح كالسلم ، ولا نسلم أنه لا تحصل به معرفة المبيع ، فإن تلك المعرفة تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، وهذا يكفي بدليل أنه يكفي في السلم (٢) .

بيع ما في رؤيته مشقة أو ضرر : قد تكون مع رؤية المبيع مشقة أو ضرر مثل بيع الأطعمة المحفوظة ونحوه من الأدوية والسوائل والغازات التي لاتفتح إلا عند الاستعمال ، ومثل ذلك بيع المغيب في

---

(١) المهذب: ١ ص ٢٦٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١٨ .

(٢) المغني : ٣ ص ٥٨٠ — ٥٨٢ .

الأرض كالجزر واللفت والبطاطا ، فأجاز الحنفية هذا البيع كما في بيع العين الغائبة ، وأبطله جمهور الفقهاء إذ لا يمكن وصفه ، فيتحقق فيه الغرر والجهالة المنهي عنها . وأجازه المالكية لأن المبيع معلوم بالعادة ، والغرر فيه يسير [١] .

٣ — بيع الأعمى وشراؤه :

هذا النوع مفرع على شرط رؤية المبيع على الخلاف السابق في بيع الغائب .

فقال الحنفية والمالكية والحنابلة : يصح بيع الأعمى وشراؤه وإجارته ورهنه وهبته ، ويثبت له الخيار بما يفيد معرفته بالمبيع كالجس والشم والذوق فيما يعرف بذلك ، وكالوصف في الثمار على رؤوس الأشجار والدور والعقارات.

ودليلهم حديث : « إنما البيع عن تراض » [٢] وقد رضي الأعمى بذلك ، وأنه يمكنه الاطلاع على المقصود ومعرفته ، فأشبه بيع البصير ، ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه ، فكذلك شم الأعمى وذوقه [٣] .

وقال الشافعية : لايصح بيع الاعمى وشراؤه إلا إذا كان قد رأى شيئاً قبل العمى مما لا يتغير كالحديد ونحوه ، ودليلهم قصور الأعمى عن إدراك الجيد والرديء ، فيكون موضوع العقد بالنسبة له مجهولا [٤] .

٤ — البيع بالثمن المحرّم :

إذا كان البيع بثمن محرم كالخمر والخنزير : يكون فاسداً عند الحنفية

---

(١) البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع : ص ٦٧ .

(٢) رواه ابن ماجه والبيهقي وصححه ابن حبان عن أبي سعيد الخدري ، وقد سبق تخريجه .

(٣) مختصر الطحاوي : ص٨٣ ، البدائع : ٥ ص ١٦٤ ، ٢٩٨ ، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٢٤ ، المغني : ٤ ص ٢١٠ .

(٤) المهذب : ١ ص ٢٦٤ .

لوجود حقيقة البيع : وهي مبادلة المال بالمال ، فإن الخمر والخنزير مال متقوم عند بعض الكفار ، وهما وان كانا مالين عند الحنفية ، إلا أنهما ليسا بتقومين شرعاً ، والقاعدة المقررة في هذا الشأن : أن أحد العوضين إذا لم يكن مالاً في دين سماوي ، فالبيع باطل سواء أكان مبيعاً أو ثمنا ، فبيع الميتة والدم والإنسان الحر باطل ، وكذا البيع به وهو الصحيح عند الحنفية ، لأن المسمى ثمناً ليس بمال أصلاً ؛ وكون الثمن مالاً في الجملة شرط من شروط الانعقاد .

وإن كان العوض في بعض الأديان مالاً دون بعض : فإن أمكن اعتباره ثمناً ، فالبيع فاسد ، فبيع الثوب بالخمر أو الخمر بالثوب فاسد ، وإن تعين كونه مبيعا ، فالبيع باطل ، فبيع الخمر بالدراهم أو الدراهم بالخمر باطل .

وعلى هذا : إذا كان الثمن محرّماً : ينعقد البيع بالقيمة [١] ومن الواضح أن هذا البيع عند غير الحنفيه يقع باطلاً .

٥ - البيع نسيئة ثم الشراء نقداً - بيع العينة :

إذا اتخذ العقد وسيلة لتحقيق غرض غير مباح شرعاً ، فهل ينعقد العقد لوجود أركانه من الإيجاب والقبول أو يعتبر غير صحيح لسببه غير المشروع؟ وذلك مثل [٢] أن يبيع الشخص مالاً إلى آخر بثمن مؤجل ، ثم يشتريه منه بثمن عاجل ، كأن يبيع مائة قنطار من القطن بخمسة آلاف ليرة لاتقبض إلا بعد سنة ، ثم يشتريها البائع من المشتري بأربعة آلاف يدفعها

---

(١) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ١٨٦ ، البدائع : ٥ ص ١٤١ ، ٣٠٥ ، رد المحتار ٤ ص ١٠٥ ، ١٠٨ .

(٢) انظر مواهب الجليل للحطاب : ٤ ص ٣٩٠ وما بعدها ، الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ٧٦ .

إليه فوراً ، فقد حصل ههنا عقدا بيع : كلاهما ظاهره الصحة لاشتماله على أركان وشروط العقد . فمثل هذه البيوع تسمى عند المالكية « بيوع الآجال » لاشتمالها دائماً على الأجل ، وقد تسمى هذه البيوع عند بعض العلماء « بيوع العينة » : وهي في الحقيقة نوع من بيوع الآجال التي يقصد منها التحيل على الربا ، والوصول إلى ماهو ممنوع شرعاً ، ومع ذلك اختلف العلماء في حكم **بيع الأجل** .

فقال الشافعية والظاهرية وأبو حنيفة : يصح هذا العقد لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول ، ويترك أمر النية لله وحده يعاقب صاحبها عليها .

وقال الصاحبان وفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة : العقد باطل متى قام الدليل على وجود قصد آثم سداً للذريعة . وتطبيقات هذا الخلاف تظهر في زواج المحلّل وبيع العينة وبيع العنب العاصر الخمر [١]

بيع العينة :

هو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا ، مثاله : أن يبيع الرجل سلعة بثمن إلى أجل معلوم ، ثم يشتريها بثمن آخر إلى أجل آخر ، أو نقداً بثمن أقل ، وفي نهاية الأجل الذي حدد في العقد الأول يدفع الثمن الأول كله ، فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب المتاع الذي يبيع صورياً ، مثل أن يبيع شخص لآخر ثوباً باثنتي عشرة ليرة مؤجلاً دفعها الى شهر مثلاً ، ثم يبيع المشتري هذا الثوب نفسه — قبل أو بعد تسلمه — إلى بائعه الأول بعشر ليرات تدفع حالاً الى المشتري ، وفي نهاية الأجل المحدد لدفع الثمن في العقد الأول يدفع المشتري كامل الثمن وهو « ١٢ » ل.س فيكون الفرق بين الثمنين فائدة أو ربا لصاحب

---

(١) الأموال ونظرية العقد : ص ٢٩٧ وما بعدها ، أصول البيوع الممنوعة للشيخ عبد السميع : ص ١٠٢ .

الثوب الذي بيع بيعا صورياً ، والعملية كلها للتحايل على الإقراض بالربا عن طريق البيع والشراء .

وقد يوسط المتعاقدان بينهما شخصاً ثالثاً يشتري العين بثمن حال من مريد الاقتراض ، بعد أن اشتراها هذا من مالكها المقرض ، ثم يبيعها للمالك الأول بالثمن الذي اشترى به ، فيكون الفرق ربا له .

اختلف العلماء في الحكم على العقد الثاني ، مع أن قصد التعامل بالربا واضح من البائع والمشتري .

فقال أبو حنيفة : هو عقد فاسد إن خلا من توسط شخص ثالث بين المالك المقرض والمشتري المقترض ، كما مثلنا ، إلا أنه يلاحظ أن أبا حنيفة خالف أصله السابق الذكر مع أصل الشافعي الذي يستوجب القول بصحة هذا العقد[١] وذلك استحساناً بنص الحديث الذي سيأتي في قصة زيد بن أرقم ، ولأن الثمن إذا لم يستوف لم يتم البيع الأول ، فيصير البيع الثاني مبنياً عليه ، فليس للبائع الأول أن يشتري شيئاً ممن لم يتملكه بعد ، فيكون البيع الثاني فاسداً .

وقال أبو يوسف : هذا البيع صحيح بلا كراهة . وقال محمد : إنه صحيح مع الكراهة ، حتى إنه قال : « هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذميم ، اخترعه أكلة الربا »[٢] .

---

(١) وهو أن المعتبر في العقود : هو الألفاظ دون النيات ، لأن نية الغرض غير المباح شرعاً مستترة ، فيترك أمرها إلى الله وحده يعاقب عليها صاحبها ، مادام أثم بنيته ، وهذا بخلاف مذهب الإمام أحمد الذي يتشدد بحق في رعاية النية والقصد دون اللفظ (انظر أعلام الموقعين ١ ص ١٠٦ وما بعدها ، ونظرية العقد لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢١٥).

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٠٧ وما بعدها ، رد المحتار لابن عابدين : ٤ ص ٢٥٥، ٢٩١، الأموال ونظرية العقد : ص ٣٠١ .

وقال الشافعي : هذا العقد صحيح مع الكراهة لتوافر ركنه وهو الإيجاب والقبول الصحيحان ، ولا عبرة في إبطال العقد بالنية التي لا نعرفها لعدم وجود ما يدل عليها [١] أي أن القصد الآثم مرجعه إلى الله ، والحكم على ظاهر العقد شيء آخر .

وقال المالكية والحنابلة : إن هذا العقد يقع باطلاً [٢] سداً للذرائع كما سنبين ، ولما روي من قصة زيد بن أرقم مع السيدة عائشة رضي الله عنها : وهي أن العالية بنت أيفع قالت : دخلت وأنا وأم ولد زيد ابن أرقم وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : « إني بعت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء ، ثم اشتريته منـــه بستمائة درهم: « أي حالّة » فقالت عائشة : بئسما شريت وبئسما اشتريت ، أبلغي زيداً أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب » [٣] وقال ﷺ : « إذا ضنّ الناس بالدينار والدرهم ، وتبايعوا بالعينة ، واتبعوا أذناب البقر ، وتركوا الجهاد في سبيل الله ، أنزل الله بهم بلاء ، فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم » [٤] .

---

(١) الميزان : ٢ ، ص ٧٠ ، إرشاد الفحول للشوكاني : ص ٢١٧ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٩١ ، الحطاب : ٤ ص ٤٠٤ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٠ ، ٢٦١ وما بعدها ، المغني : ٤ ص ١٧٥ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٠٦ ، الموافقات للشاطبي : ٢ ص ٣٦١ ، الفروق للقرافي : ٣ ص ٢٦٦ وما بعدها ، الوسيط في أصول الفقه لنا : ص ٤٩٣ .

(٣) هذا الحديث رواه الدارقطني عن يونس بن اسحق عن أمه العالية عن أم مُحبة عن عائشة : روي عن الشافعي أنه لا يصح ، وأخرجه الإمام أحمد في مسنده ، قال في التنقيح : إسناده جيد ، وإن كان الشافعي لا يثبت مثله عن عائشة ، وكذلك الدارقطني قال في العالية : هي مجهولة لا يحتج بها (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٧٨) .

(٤) رواه أحمد وأبو داود عن ابن عمر وأخرجـــه أيضاً الطبراني وابن القطان وصححه ، قال الذهبي : إن هذا الحديث من مناكير عطاء الخراساني (نيل الاوطار : ٥ ص ٢٠٦) .

واستدلوا من جهة المعقول بالقياس على الذرائع المجمع على منعها بجامع أن الأغراض الفاسدة في كل منها هي الباعثة على عقدها ، لأنه المحصل لها .

غير أن الشافعي قال عن الحديث الأول : « لا يثبت ، وأيضاً فإن زيداً قد خالفها ، وإذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس » .

ويلاحظ أن الشافعية والظاهرية اعتمدوا على ظاهر عقد المتبايعين ، فحكموا بصحته عملاً بمقتضى آية « وأحل الله البيع » وهذا مردود ، لأن الظاهر إنما يعمل به إذا لم تقم قرينة تفيد غيره ، وههنا قرينة العرف المعهود ، وغلبة قصد الناس إلى المحرم ، والشيء المتعارف ينزل منزلة الشرط المنصوص ، فكان ذلك من أقوى القرائن التي يجب العمل بها ، لأنها تجعل الظاهر من أمر البائعين هو التذرع إلى المحرم ، فإبطال بيعهما هو مقتضى الظاهر [١] .

٦ — بيع العنب لعاصر الخمر :

ويتفرع أيضاً على القاعدة السابقة في أوائل بحث البيع السابق : الخلاف في بيع العنب لمن يعرف أنه يعصره خمراً ، كما قلنا . ونذكر هنا خلاف العلماء في ذلك .

فقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : يصح في الظاهر مع الكراهة بيع العنب لعاصر الخمر ، وبيع السلاح لمن يقاتل به المسلمين ، لعدم تحققنا أنه يتمكن من اتخاذه خمراً أو يقاتل بالسلاح المسلمين ، ويؤاخذ الإنسان على مقاصده . أما الوسائل فقد يحال بين الانسان وبينها ، والمحرم في البيع هو الاعتقاد الفاسد ، دون العقد نفسه ، فلم يمنع صحة العقد ، كما لو دلس العيب [٢]

---

(١) أصول البيوع الممنوعة : ص ١٠٥ .

(٢) المهذب : ١ ص ٢٦٧ ، تكملة فتح القدير : ٨ ص ١٢٧ ، مختصر الطحاوي : ص ٢٨٠ ، الميزان : ٢ ص ٦٧ .

أي أن الحكم على العقد بظاهره شيء ، والدافع إليه شيء آخر .

وقال الإمام أحمد رضي الله عنه : بيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل ، وكذا بيع السلاح لأهل الحرب أو لأهل الفتنة ، أو لقطاع الطرق ، سداً للذرائع ، لأن ما يتوصل به إلى الحرام فهو حرام ، ولو بالقصد ، ولقوله تعالى : « ولا تعاونوا على الإثم والعدوان » وهذا نهي يقتضي التحريم ، وإذا اثبت التحريم فالبيع باطل [١] .

٧ — البيعتان في بيعة أو الشرطان في بيع واحد :

لقد ثبت عن النبي ﷺ النهي عن بيعتين وعن شرطين في بيع ، روي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : « نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة » وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ : « لايحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك » [٢] .

واختلف في تفسير **البيعتين في بيعة** : فقال الشافعي: « له تأويلان : أحدهما — أن يقول : بعتك بألفين نسيئة ، وبألف نقداً ، فأيها شئت أخذت به ، وهذا بيع فاسد « أي باطل » لأنه إبهام وتعليق . والثاني —

---

(١) المغني : ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها .

(٢) أخرجه أصحاب السنن إلا ابن ماجه ، ورواه أحمد عن عمرو بن شعيب عن عن أبيه عن جده (عبد الله بن عمرو بن العاص) قال الترمذي : « حديث حسن صحيح» واختصره ابن ماجه ، فذكر منه : « ربح مالم يضمن ، وبيع ماليس عندك » فقط . والمراد بربح ما لم يضمن : أنه لايجوز أن يأخذ ربح سلعة لم يضمنها ، مثل : أن يشتري سلعة ويبيعها إلى آخر قبل قبضها من البائع الأول ، فهذا البيع باطل ، وربحه لايجوز ، لأن المبيع في ضمان البائع الأول ، وليس في ضمان المشتري (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٧٩) .

أن يقول : « بعتك منزلي على أن تبيعني فرسك » .

ومن الحكمة في تحريم العقد الثاني منع استغلال حاجات الآخرين ، وذلك حالة كون المشتري مضطراً إلى شراء شيء ، فيكون اشتراط البائع عليه في شراء شيء منه من قبيل الاستغلال مما يؤدي إلى فوات حقيقة الرضا في هذا العقد .

واختلف في تفسير **الشرطين في بيع** : فقيل : هو أن يقول : بعت هذا نقداً بكذا ، وبكذا نسيئة . وقيل : هو أن يشرط البائع على المشتري أن لا يبيع السلعة ولا يهبها . وقيل : هو أن يقول : « بعتك هذه السلعة بكذا على أن تبيعني السلعة الفلانية بكذا »(١) .

وبهذا يظهر أن البيعتين في بيعة والشرطين في بيع واحد : بمعنى واحد . وقد اختلف العلماء في حكم ذلك .

فقال الحنفية : البيع فاسد ، لأن الثمن مجهول ، لما فيه من تعليق وإبهام دون أن يستقر الثمن على شيء : هل حالاً أم مؤجلاً . فلو رفع الإبهام وقبل على إحدى الصورتين ، صح العقد(٢) .

وقال الشافعية والحنابلة : إن هذا العقد باطل : لأنه من بيوع الغرر بسبب الجهالة ، لأنه لم يجزم البائع ببيع واحد ، فأشبه مالو قال : بعتك هذا أو هذا ، ولأن الثمن مجهول ، فلم يصح كالبيع بالرقم المجهول ، ولأن أحد العوضين غير معين ولا معلوم ، فلم يصح كما لو قال : بعتك أحد منازلي(٣) .

---

(١) المنتقى على الموطأ : ٥ ص ٣٦ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥١ وما بعدها ، سبل السلام : ٣ ص ١٦ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٥٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٣٠ .

(٣) المهذب : ١ ص ٢٦٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١ ، المغني : ٤ ص ٢٣٤ .

وقال مالك : يصح هذا البيع ، ويكون من باب الخيار ، فيذهب العقد على إحدى الحالتين ، وهو محمول على أنه جرى بينهما بعدئذ مايجري في العقد ، فكأن المشتري قال : أنا آخذه بالنسيئة بكذا ، فقال : خذه ، أو قد رضيت ، ونحو ذلك ، فيكون عقداً كافياً [١] .

٨ - بيع الأتباع والأوصاف مقصوداً :

إذا كان الشيء تبعاً لغيره ، فبيع مستقلًا عنه كبيع الإلية من الشاة الحية والذراع والرأس ونحوهما ، وكبيع ذراع من ثوب ، فقال الحنفية : إن بيع اللحم في الشاة الحية ، أو الشحم الذي فيها ، أو إليتها ، أو أكارعها ، أو رأسها : كل هذا **باطل** لاينعقد . لأنه بيع لمعدوم ، لأن اللحم لايصير لحماً إلا بالذبح والسلخ .

ومثل ذلك بيع ياقوتة فإذا هي زجاج ، أو بيع قطعة جوخ ، فإذا هي قطن ، لاينعقد البيع لأن المبيع معدوم .

وأما بيع ذراع من ثوب : فإن كان يضره التبعيض ، كالثوب المهيأ للبس ، نحو القميص : كان العقد**فاسداً** ، لأن المبيع تبع لغيره ، ولا يمكن تسليمه إلا بضرر لم يوجبه العقد يلحق بالبائع ، وهو قطع الثوب.

وكذا بيع جذع من سقف أو آجر من حائط يكون العقد فاسداً فإن قطع البائع الذراع من الثوب أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري العقد ، وسلمه إلى المشتري : يعود العقد صحيحاً ، لزوال المفسد قبل نقض البيع ، فلو فعل ذلك بعد الفسخ : لايجوز .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ١٥٣ ، المنتقى على الموطأ : ٥ ص ٣٧. قال ابن جزي في القوانين:ص ٢٤٨ : « البيعتان في بيعة: هو أن يبيع مثمونا واحداً بأحد ثمنين مختلفين ، أو يبيع أحد مثمونين بثمن واحد ، فالأول أن يقول : بعتك هذا الثوب بعشرة نقداً أو بعشرين إلى أجل على أن البيع قد لزم في أحدهما . والثاني : أن يقول : بعتك أحد هذين الثوبين بكذا على أن البيع قد لزم في أحدهما » .

وإن كان المبيع لا يضره التبعيض مثل بيع قفيز من صبرة أو بيع عشرة دراهم من نُقرة [١] ونحوها ، جاز البيع ؛ لأنه ليس في التبعيض ضرر ، وليس المبيع تبعاً لغيره أيضاً [٢] .

٩ ـ بيع الشيء المملوك قبل قبضه من مالك آخر :

قال الحنفية : لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض ، لأن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض [٣] والنهي يوجب فساد المنهي عنه ، ولأنه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه : أي أنه يحتمل الهلاك ، فيبطل البيع الأول وينفسخ الثاني ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع فيه غرر [٤] .

وأما العقار ، كالأراضي والدور ، فيجوز بيعه قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً ، استدلالا بعمومات البيع من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر واحد ، ولا غرر في العقار إذ لا يتوهم هلاك العقار ، ولا يخاف تغيره غالباً بعد وقوع البيع ، وقبل القبض ، فلا يتقرر الغرر [٥] .

وقال المالكية : لايجوز بيع الطعام قبل القبض ربوياً كان أو غير ربوي ، لحديث ابن عباس وابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من ابتاع

---

(١) النقرة : هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة .

(٢) فتح القدير : ٤ ص ١٩٣ ، البدائع : ٥ ص ١٣٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١١٤ .

(٣) فيه أحاديث منها ما أخرجه أبو داود عن ابن عمر أن زيد بن ثابت قال له : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تباع السلع حيث تبتاع ، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم (وقد سبق ذكر بعض رواياته) .

(٤) رواه مسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة ، وقد سبق تخريجه .

(٥) المبسوط : ١٣ ص ٨ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٦٤ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٤ .

طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه »[١] وأما ما سوى ذلك فيجوز بيعه لغلبة تغير الطعام ، بخلاف ما سواه ، واخذاً بمفهوم الحديث السابق[٢] .

وقال الحنابلة : لايجوز بيع الطعام قبل قبضه إذا كان مكيلًا أو موزوناً أو معدوداً ، لسهولة قبض المكيل والموزون والمعدود عادة ، فلا يتعذر عليه القبض ، واستدلالاً بمفهوم حديث الطعام السابق ، فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه ، ولم يصح غيره من الأحاديث . واشتراط الكيل أو الوزن أو العدد ؛ لأن المكيل والموزون والمعدود لايخرج من ضمان البائع إلى ضمان المشتري إلا بالكيل أو الوزن أو العدد ، وقد نهى الرسول عليه السلام عن بيع مالم يضمن .

وأما ما عدا المكيل والموزون والمعدود ، فيصح بيعه قبل قبضه[٣] .

وقال الشافعي ومحمد بن الحسن وزفر : لا يجوز بيع ما لم يستقر ملكه عليه مطلقاً قبل قبضه ، عقاراً كان أو منقولا ، لعموم النهي عن بيع ما لم يقبض ، روى أحمد عن حكيم بن حزام رضي الله عنه ، قال قلت : « يارسول الله ، إني أشترى بيوعاً ، فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال: إذا اشتريت شيئاً فلا تبعه حتى تقبضه » وقال ﷺ : « لا

---

(١) حديث ابن عباس رواه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي والنسائي . وحديث ابن عمر رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا الترمذي (انظر جامع الأصول: ١ ص ٣٨٣ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٨) .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٣ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص٢٧٩ ، القوانين الفقهية: ص ٢٤٩ .

(٣) المغني : ٤ ص ١١٠ ، ١١٣ وما بعدها .

يحل سلف وبيع ، ولا ربح مالم يضمن [١] ولا بيع ما ليس عندك »
وهذا من باب بيع ما لم يضمن .

واستدلوا من طريق المعقول : وهو أنه بيع باطل لعدم القدرة على تسليم المبيع ، ولأن ملكه عليه غير مستقر ، لأنه ربما هلك ، فانفسخ العقد ، وذلك غرر من غير حاجة ، فلم يجز [٢] .

والحكمة في النهي عن بيع ما لم يقبض : هي أن هذا البيع يشبه الربا إذ أن المشتري إذا دفع دراهمه إلى البائع في سلعة ، ثم عمد إليها ، فباعها قبل أن يقبضها ، فكأنما دفع دراهمه واستفاد بها ربحاً بمجرد دفعها إلى البائع دون القيام بعمل ما ، وهذا شبيه بالربا [٣] .

١٠ — **اشتراط الأجل في المبيع المعين والثمن المعين** : إذا اشترط الأجل لتسليم المبيع المعين أو الثمن المعين ، كان البيع فاسداً عند الحنفية لأن الأصل وجوب التسليم حال العقد لأن البيع عقد معاوضة : تمليك بتمليك وتسليم بتسليم ، والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال ، فكان مغيراً مقتضى العقد ، فيوجب فساد العقد .

ولكن يجوز التأجيل في المبيع المؤجل وهو السلم ، بل لا يجوز بدون الأجل عند الحنفية ، وكذا يجوز التأجيل في الثمن الثابت ديناً في الذمة إن كان الأجل معلوماً ، لأن التأجيل يلائم الديون ، ولا يلائم الأعيان لمساس حاجة الناس إليه في الديون ، لا في الاعيان ، وذلك لتمكين صاحب الأجل من اكتساب الثمن في المدة المعينة ، ولاحاجة لهذا في الأعيان [٤] .

---

(١) قيل : معناه مالم يقبض ، لأن السلعة قبل تلفها ليست في ضمان المشتري ، إذا تلفت ، من مال البائع ، وقد سبق تخريج هذا الحديث وشرح « مالم يضمن » .

(٢) المهذب : ١ ص ٢٦٤ ، الميزان : ٢ ص ٦٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٦٨ .

(٣) أصول البيوع الممنوعة : ص ٦٤ .

(٤) البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، رد المحتار : ٥ ص ٢٣ .

١١ — البيع بشرط فاسد :

لإيضاح ذلك نبين أنواع الشروط في البيوع :

الشروط في المبايعات ثلاثة أنواع :

شرط صحيح ، وشرط فاسد ، وشرط لغو باطل [١] .

آ — **الشرط الصحيح** : أي « المعتبر الملزم للمتعاقدين » أربعة أقسام :

١ — ما يقتضيه العقد : كأن يشتري شخص شيئاً بشرط أن يسلم البائع المبيع ، أو يسلم المشتري الثمن ، أو بشرط أن يملك المبيع أو الثمن ، أو بشرط أن يحبس البائع المبيع حتى أداء جميع الثمن ، فهذه شروط تبين مقتضى العقد ، لأن ثبوت الملك ، والتسليم والتسلم ، وحبس المبيع من مقتضى المعاوضات [٢] .

٢ — ما ورد الشرع بجوازه : كشرط الأجل والخيار لأحد المتعاقدين فقد ورد الشرع في وقائع عن النبي عليه الصلاة والسلام بجواز التأجيل لمدة معلومة لحاجة الناس إلى ذلك ، لما فيه من المصلحة ، كما ورد الشرع بجواز خيار الشرط في إمضاء البيع أورده خلال مدة معلومة ، وهو قوله عليه السلام لحبان بن منقذ : « إذا بايعت فقل : لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام » [٣] على ما سيأتي في الخيارات ، وهذا مقتضى الاستحسان . وأما مقتضى القياس فالشرط

---

(١) انظر البدائع : ٥ ص ١٦٨ — ١٧٢ ، المبسوط : ١٣ ص ١٣ — ١٨ ، فتح القدير : ٥ ص ٢١٤ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٢٦ وما بعدها ، عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص ٢٧ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٧١ .

(٣) هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك عن ابن عمر بلفظ « بع ، وقل : لاخلابة » وفي لفظ عند البيهقي « إذا بايعت فقل : لاخلابة ، ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها =

فاسد ، لكونه مخالفاً لمقتضى العقد : وهو ثبوت الملك في العوضين معاً في الحال .

٣ — ما يلائم مقتضى العقد ، كالبيع بثمن مؤجل على شرط أن يقدم المشتري كفيلاً أو رهناً معينين بالثمن ، فإن الكفالة والرهن : استيثاق بالثمن ، فيلائم البيع ويؤيد التسليم .

وهذا الشرط يحتاج إلى تفصيل [1] لأن الكفيل أو الرهن إما أن يكون معلوماً أو مجهولاً ، ثم هل الحوالة مثل الكفالة والرهن ؟

إذا كان **الرهن والكفيل** مجهولين فسد البيع ، كأن يقول البائع : « أبيعك بشرط أن تعطيني رهناً بالثمن » ولم يسم إنساناً ولا أشار إليه أو يقول : « بشرط أن تعطيني كفيلا بالثمن » ولم يسم إنساناً ولا أشار إلى إنسان « لأن هذه جهالة تفضي إلى منازعة مانعة من التسليم والتسلم ، إذ أن معنى التوثق والتأكد بالحصول على الثمن بالرهن أو الكفالة لا يحصل إلا بالتسليم ، وذلك لايتحقق في المجهول .

فإن اتفق المتعاقدان على تعيين رهن في مجلس البيع ، جاز البيع ، لأن المانع هو جهالة الرهن ، وقد زال ، فكأنه كان معلوماً معيناً من ابتداء الأمر ، لأن المجلس له حكم حالة واحدة .

وكذا لم يتفقا على تعيين الرهن ، ولكن المشتري نقد الثمن ، جاز

= ثلاث ليال ، فإن رضيت فأمسك ، وإن سخطت فاردد» ورواه أيضاً البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي والموطأ بلفظ « من بايعت فقل : لاخلابة » أي لاخديعة أي لايحل لك خديعتي أولا تلزمني خديعتك (انظر نصب الراية : ٤ ص ٦ ، جامع الأصول : ١ ص ٤١٤ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ٨٢ .

(١) البدائع ، المرجع السابق : ص ١٧١ ومابعدها ، المبسوط : ١٣ ص ١٨ .

البيع أيضاً ، لأن المقصود من الرهن : هو الوصول إلى الثمن ، وقد حصل ، فسقط اعتبار الوثيقة .

وإن افترق المتعاقدان عن المجلس تقرر الفساد ، لأن تمام القبول توقف على الرهن المشروط في العقد ، فإذا لم يوجد الرهن لم يوجد القبول معنى .

وأما إذا كان **الرهن والكفالة** معلومين بالإشارة أو بالتسمية ، فالقياس: أن لا يجوز البيع ، وبه أخذ زفر ، لأن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد مفسد في الأصل ، وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً .

وفي الاستحسان : يجوز وهو الصحيح عند جمهور الحنفية ؛ لأن هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة ، فهو موافق له معنى ، لأن الرهن والكفالة شرعاً توثيق للثمن ، فإن حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى ، فأشبه ذلك اشتراط صفة الجودة للثمن .

ويلاحظ أن جواز البيع استحساناً حالة اشتراط الكفالة مقيد فيما إذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبل ، أو كان غائباً ثم حضر في المجلس وقبل ، فكان كما لو قبل عند العقد ، لأن لمجلس العقد حكم العقد .

فأما إذا كان الكفيل غائباً ، أو حاضراً ولم يقبل ، أو قبل وهو غائب ، لم تصح الكفالة ، لأنه لم يحصل معنى التوثيق ، فبقي الحكم على أصل القياس ، وذلك لأن وجوب الثمن في ذمة الكفيل كان بسبب البيع ، فيصير الكفيل بمنزلة المشتري إذا اشترطت الكفالة في البيع ، ووجود المشتري في مجلس البيع شرط لصحة الإيجاب من البائع ، فكذلك وجود الكفيل .

هذا بخلاف الرهن ، فلا يشترط وجود المرهون في مجلس البيـع ، لأن تقديم الرهن يكون من المشتري ، والمشتري حاضر وقد التزم الرهن ، فالرهن صحيـح .

وحينئذ إذا لم يسلم المشتري الرهن إلى البائع لايثبت حكم الرهن ، لأن ثبوت حكم الرهن متوقف على القبض ، كما هو معروف في باب الرهن ، فإن سلم الرهن تم العقد .

وإن امتنع المشتري عن تسليم الرهن يجبر عند زفر ، لأن الرهن إذا شرط في البيـع فقد صار حقاً من حقوقه ، والجبر على التسليم من حقوق عقد البيـع ، فيجبر عليه .

ولا يجبر عند جمهور الحنفية على التسليم ، لأن الرهن عقد تبرع في الأصل ، واشتراطه في البيـع لا يخرجه عن أن يكون تبرعاً ، والجبر على التبرع ليس بمشروع ، فلا يجبر عليـه ، وحينئذ يقال للمشتري : « إما أن تدفع الرهن أو قيمته ، أو تدفع الثمن أو تفسخ البيـع » لأن البائع ما رضي بوجوب الثمن في ذمة المشتري ، إلا بوثيقة الرهن ، فإن لم يفعل المشتري شيئاً من ذلك ، فللبائع أن يفسخ البيـع ، لأنه فات غرضه .

الحوالة : شرط الحوالة إما من البائع أو من المشتري :

فإن شرط البائع في البيـع أن يحيله المشتري بالثمن على غريم من غرمائه « أي مدين له » فهذا على حالتين :

أ — إن أحال بجميع الثمن : فالبيـع فاسد ، لأنه يصير بائعاً بشرط أن يكون الثمن على غير المشتري ، وهو باطل ، لمخالفته لمقتضى العقد .

ب — وإن شرط عليه أن يحيل نصف الثمن على فلان ، فالبيع جائز إذا كان المحال عليه حاضراً وقبل الحوالة ، كما إذا باع شيئاً بألف ليرة على أن

يكون نصفه على فلان وهو حاضر فقبل ، جاز ، أو كان المحال عليه غائباً ، ثم حضر في المجلس وقبل ، لأن لمجلس العقد حكم العقد .

وان شرط المشتري في البيع شرطاً هو « أن يحيل البائع على غريم من غرمائه بالثمن ليدفع له » أو باع البائع شيئاً بشرط « أن يضمن المشتري لغريم ـ دائن ـ من غرماء البائع الثمن » فالبيع فاسد [١] لأن شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد ؛ بل هو شرط فيه منفعة العاقد ، والشرط الدي لا يقتضيه العقد مفسد في الأصل ، إلا إذا كان فيه تقرير موجَب العقد وتأكيده ، والحوالة إبراء عن الثمن ، وإسقاط له ، فلم يكن ملائماً للعقد ، بخلاف الكفالة والرهن ، والضمان ليس بصفة للثمن ، بل هو شرط فيه منفعة العاقد .

٤ ـ من الشروط الصحيحة : ماجرى به العرف : كشراء القفل على أن يسمّره البائع في الباب أو الحذاء على أن يخرزه البائع أو يضع له نعلا ، وكشراء الساعة أو الغسالة أو البراد أو المذياع بشرط أن يصلحها البائع لمدة سنة إذا أصابها خلل ، فيجوز البيع استحسانا ، والقياس أن لايجوز وهو قول زفر .

وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين ، وإنه مفسد ، كما إذا اشترى قماشاً بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ، ونحو ذلك .

ووجه الاستحسان : أن الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع ، كما تعاملوا الاستصناع ، فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع .

ب ـ **الشرط الفاسد** : أو بتعبير أوضح : المفسد : وهو ماخرج

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٧٢ .

عن الأقسام الأربعة السابقة أي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا ورد به الشرع ولا يتعارفه الناس ، وإنما فيه منفعة لأحد المتعاقدين ، كأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع ، أو قماشاً على أن يخيطه البائع قميصاً ، أو اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً ، أو يبيع شخص داراً على أن يسكنها البائع شهرا ، ثم يسلمها اليه ، أو أرضاً على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهراً ، أو على أن يقرضه المشتري قرضاً ، أو على أن يهب له هبة ونحو ذلك .

فالبيع في هذا كله فاسد ، لأن زيادة منفعة مشروطة في العقد تكون ربا ، لأنها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع ، وهو تفسير الربا .

والبيع الذي فيه الربا فاسد ، أو فيه شبهة الربا ، وإنها مفسدة للبيع كحقيقة الربا [١] .

ج — الشرط اللغو أو الباطل :

وهو ما كان فيه ضرر لأحد العاقدين ، كأن يبيع دابة بشرط أن لا يبيعها المشتري أو لا يهبها ، فالبيع جائز والشرط باطل على الصحيح عند الحنفية ، لأن هذا شرط لا منفعة فيه لأحد ، فلا يوجب الفساد لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا ، وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض ، ولم يوجد ذلك في هذا الشرط ، لأنه لا منفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه ، لكنه لا يؤثر في العقد ، فيكون العقد جائزاً ، والشرط باطلا [٢] ويلاحظ أن الحنفية

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٦٩ ، المبسوط : ١٣ ص ١٥ ، ١٨ ، رد المحتار : ٤ ص ١٢٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٢١٤ .

(٢) المبسوط : ١٣ ص ١٥ ، البدائع : ٥ ص ١٧٠ ، فتح القدير : ٥ ص ١١١ .

اتفقوا على أنه لو ألحق المتعاقدان بالعقد الصحيح شرطاً صحيحاً كالخيار الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به .

أما الشرط الفاسد : فقرانه بالعقد وإلحاقه به سواء عند أبي حنيفة ، حتى لو باع شخص بيعاً صحيحاً ، ثم ألحق به شيئاً من الشروط الفاسدة التي ذكرناها يلتحق به ، ويفسد العقد ؛ لأن اعتبار التصرف على الوجه الذي أوقعه المتصرف واجب إذا كان هو أهلاً ، والمحل قابلا للعقد .

وقال الصاحبان : لا يلتحق به ولا يفسد العقد ويلغو الشرط ، لأن إلحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة إلى الفساد ، فلا يصح فبقي العقد صحيحاً ، كما كان ، لأن العقد كلام لابقاء له ، والالتحاق بالمعدوم لا يجوز ، فكان ينبغي أن لا يصح الإلحاق أصلا ، إلا أن إلحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعاً للحاجة إليه ، حتى صح قرانه بالعقد ، فيصح إلحاقه به [١] .

والأصح هو قول الصاحبين ، كما ذكر ابن عابدين نقلاً عن جامع الفصولين [٢] .

١٢ - بيع الثمار أو الزروع :

هذه الحالة تعرض كثيراً في الحياة العملية التجارية ، لهذا نفصل الكلام فيها :

أجمع العلماء على أن بيع الثمار قبل أن تخلق لا ينعقد ، لأنه من باب النهي عن بيع مالم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة [٣] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٧٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٢٧ .

(٢) رد المحتار على الدر المختار : ٤ ص ١٢٧ .

(٣) النهي عن بيع مالم يخلق داخل تحت النهي عن بيع ماليس عند الإنسان ، وعن بيع حبل الحبلة ، وبيع الغرر ونحوها ، وقد سبق تخريج أحاديثها . وأما النهي عن بيع السنين =

وقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه « نهى عن بيـع السنين وعن بيع المعاومة » وهي بيـع الشجر أعواماً ، لأنه بيع المعدوم ، وقد نهى الرسول ﷺ عن بيـع الغرر ، والغرر كما عرفنا : هو ما انطوى عنه أمره ، وخفي عليه عاقبته .

وأما بيـع الثمار بعد القطع أو الصرام : فلا خلاف في جوازه .

وأما بيـع الثمار على الشجر أو بيـع الزرع في الأرض بعد أن يخلق ، فاختلف فيه العلماء : فقال الحنفية : إما أن يكون البيـع قبل بدو الصلاح أو بعد بدو الصلاح بشرط القطع ، أو مطلقاً أو بشرط الترك .

آ — فان كان البيـع قبل بدو صلاح الزرع أو الثمر : فهناك حالات :

١ً — إن كان بشرط القطع جاز ، ويجب القطع للحال ، إلا بإذن البائع

٢ً — وإن كان البيـع مطلقاً عن الشرط : جاز أيضاً عند الحنفية خلافاً للشافعي ومالك وأحمد ، لأن الترك ليس بمشروط نصاً ، إذ العقد

= والمعاومة فهو مروي بعدة ألفاظ عن جابر بن عبد الله عند البخاري ومسلم وأحمد وأبي داود والترمذي والنسائي ، ففي رواية للبخاري « نهى عن المحاقلة والمزابنة والمعاومـة والمخابرة » وفي رواية أخرى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السنين ». معنى المحاقلة كما قال صاحب القاموس : هو بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، أو بيعه في سنبله ، أو المزارعة بالثلث أو الربع أو أقل أو أكـثر ، أو اكتراء الأرض بالحنطة . والمزابنة كما في الصحيحين : بيع رطب النخل بكيل من التمر ، أو بيع العنب بالزبيب ، والمعاومة : هي بيع الشجر أعواماً كثيرة ، وقيل : هي اكتراء الأرض سنين ، وكذلك بيع السنين : هو أن يبيع ثمر النخلة لأكثر من سنة في عقد واحد ، وذلك لأنه بيع غرر ، لكونه بيع مالم يوجد ، والمخابرة : كراء الأرض أي إجارتها بالثلث والربع (انظر جامع الأصول: ١ ص ٤٠٣ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٧٥ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٠٤) .

مطلق عن الشرط أصلا ، فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل ، خصوصاً إذا كان في التقييد فساد العقد . وجواز بيعه على الصحيح عند الحنفية لأنه مال منتفع به ولو علفاً للدواب ، وإن لم يكن منتفعاً به في الحال عند الإنسان .

٣ً — وإن كان بشرط الترك فالعقد فاسد باتفاق علماء الحنفية ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد ، وفيه منفعة لأحد العاقدين : وهو المشتري ولا يلائم العقد ، ولا جرى به التعامل بين الناس ، ومثل هذا الشرط مفسد للبيع كما لو اشترى حنطة بشرط أن يتركها في دار البائع شهراً ، ولأنه لا يتمكن من الترك إلا بإعارة الشجر والأرض ، وهما ملك البائع ، فصار بشرط الترك شارطاً الإعارة ، فكان شرطه صفقة في صفقة ، وهذا منهي عنه كما عرفنا .

ب — وأما إن كان البيع بعد بدو الصلاح :

١ — فإن باع بشرط القطع جاز .

٢ — وكذا إن باع مطلقاً عن الشرط يجوز أيضاً كما قدمنا .

٣ — وإن باع بشرط الترك ، فإن لم يتناه عِظمه ، فالبيع فاسد بلا خلاف ، كما بينا في الحالة الثالثة السابقة .

وإن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن شرط الترك فيه منفعة للمشتري ، والعقد لا يقتضيه ، ولا يلائمه ، كما إذا اشترى حنطة على أن يتركها في دار البائع شهراً . وقال محمد : يجوز استحساناً لتعارف الناس وتعاطيهم بذلك [١] . والجواز عنده ليس لتعامل

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٩٥ ، البدائع : ٥ ص ١٧٣ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٠ الأموال ونظرية العقد : ص ٣٠٧ وما بعدها .

الناس شرط الترك في المبيع ، وإنما التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيـع .

حكم ترك الثمار بعد بدو الصلاح حالة الشراء مطلقاً :

لو اشترى الشخص مطلقاً عن شرط ، فترك الـثمار حتى نضجت ، ففيه تفصيل :

آ – إن كان قد تناهى عظمه ، ولم يبق إلا النضج : لم يتصدق المشتري بشيء سواء ترك بإذن البائع أو بغير إذنه ، لأنه لايزداد بعد التناهي ، وإنما يتغير إلى حال النضج . وأما الزرع فالنماء فيه يكون للمشتري طيباً ، وإن تركه بغير إذن البائع لأنه نماء ملك المشتري ، لأن الساق ملكه ، حتى يكون التبن له بخلاف الشجرة .

ب - وإن لم يتناه عظمه ينظر : إن كان الترك بإذن البائع ، جاز وطاب له الفضل . وإن كان بغير إذنه تصدق بما زاد على ما كان عند العقد ، لأن الزيادة حصلت بسبب محظور ، فأوجب خبثاً فيها ، فـكان سبيلها التصدّق [١] .

حكم الثمرة المتجددة في مدة الترك غير المشروطة : وإذا أخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة أخرى ، فهي للبائع سواء أكان الترك بإذنه أو بغير إذنه ، لأنه نمـاء ملك البائع ، فيكون له ؛ ولو حللها له البائع جاز .

وإن اختلط الحادث بعـد العقد بالموجود عنده ، بحيث لا يمكن التمييز بينهما ينظر :

إن كان ذلك قبل أن يخلي البائع بين المشتري والثمار ، بطل البيـع ،

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

كما قرر الكاساني في البدائع ، لأن المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط ، للجهالة وتعذر التمييز .

وإن كان بعد التخلية لم يبطل البيع ، لأن التخلية قبض ، ويتم البيع ، والثمرة تكون بينهما ، لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطاً لا يمكن التمييز بينهما ، فكان الكل مشتركاً بينهما ، والقول في مقدار الزيادة قول المشتري ؛ لأنه صاحب يد لوجود التخلية [١] . هذا هو مذهب الحنفية في بيع الثمار أو الزروع .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إن كان البيع بشرط الترك أو البقاء فلا يصح اجماعا ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمبتاع » [٢] والنهي يقتضي فساد المنهي عنه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بجملة هذا الحديث ، وذلك لأن له خطر المعدوم .

وإن كان البيع بشرط القطع في الحال فيصح بالاجماع أيضاً ، لأن المنع إنما كان خوفا من تلف الثمرة وحدوث العاهة فيها ، قبل أخذها ، بدليل ما روى أنس « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمار حتى تزهو ، فقلنا لأنس مازهوها ؟ قال : تحمر وتصفر ، قال : أرأيت إذا منع الله الثمرة ، بم يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ ! » [٣] وهذا مأمون فيما يقطع في الحال ، فصح بيعه ، كما لو بدا صلاحه . قال ابن رشد : بما أن العلة في النهي هو خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالباً قبل أن تزهى ، لم يحمل العلماء النهي في هذا على الإطلاق : أعني النهي عن البيع

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) رواه الشيخان وأبو داود والنسائي والترمذي والموطأ عن ابن عمر (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٨٩) .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٩٠)

قبل الإزهاء ، بل رأوا أن معنى النهي هو بيعه بشرط التبقية إلى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع .

واستدلوا على عدم جواز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال بحديث ابن عمر وهو : أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو [١] ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » [٢] قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به .

وأما إذا كان البيع مطلقاً دون اشتراط تبقية ولا قطع ، فالبيع باطل ، لأن النبي ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو الصلاح « الزهو » ، فيدخل فيه محل النزاع . وإطلاق العقد يقتضي التبقية ، لأن المطلق ينصرف إلى المتعارف ، والمتعارف هو الترك ، بدليل سياق الحديث ، فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية ، يتناولهما النهي جميعاً ، ويصح تعليلها بالعلة التي علل بها النبي ﷺ من منع الثمرة وهلاكها . ويدل الحديث أيضاً على أن مابعد الغاية : « حتى يبدو صلاحها » بخلاف ماقبل الغاية ، وأن هذا النهي يتناول البيع المطلق عن شرط التبقيه [٣]. والخلاصة كما قال صاحب فتح القدير : لاخلاف في عدم جواز بيع الثمار قبل أن تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ، ولا في جوازه قبل بدو الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ، ولا في الجواز بعد بدو الصلاح ، والخلاف إنما هو في بيعها قبل بدو الصلاح .

---

(١) زها النخل يزهو : إذا ظهرت ثمرته ، وروي « حتى يزهى » يقال : أزهى البسر : إذا احمر أو اصفر .

(٢) أخرجه الجماعة إلا البخاري وابن ماجه عن ابن عمر (نصب الراية : ٤ص ٥)

(٣) المنتقى على الموطأ : ٤ ص٢١٨ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٤٨ ، القوانين الفقهية: ص ٢٥٢ ، مغني المحتاج : ٣ ص ٨٦ ، ٨٩ ، المغني : ٤ ص ٨٠ وما بعدها .

وبدو الصلاح أو الازهاء في المشهور عند الجمهور : هو ظهور الحمرة أو الصفرة في ثمر النخل ، وظهور الماء الحلو ، واللين ، والاصفرار في ثمرة الكرم . وفيما عدا ذلك أن يبدو النضج : أي أن العبرة فيما يتلون : هو أن يأخذ في الحمرة أو السواد أو الصفرة ، كالبلح والعناب والمشمش والاجاص . وفيما لايتلون : العبرة بظهور مبادىء النضج والحلاوة بأن يتموه « أي يبدو فيه الماء الحلو » ويلين ويصفر لونه ، وفي الحبوب والزروع يعتبر اشتدادها [١] . والدليل على هذا : أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الثمر ، حتى يطيب » [٢] ونهى أيضاً عن بيع الثمار حتى تزهو ، قيل : وما زهوها ؟ قال : تحمر وتصفر [٣] ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود [٤] وقال الحنفية : بدو الصلاح : أن تؤمن العاهة والفساد [٥] أي أن الحنفية اعتبروا مجرد ظهور الثمرة ، والجمهور اعتبروا ظهور النضج وبدو الحلاوة في الثمار ، وفي الحب والزرع اشتدادهما .

بيع الثمار المتلاحقة الظهور

إذا بيع ثمر أو زرع بعد بدو الصلاح ولو لبعضه ، وكان يغلب تلاحقه واختلاط حادثه بالموجود كتين، وقثاء ، وموز ، وورد ، وبطيخ وباذنجان ، وخيار ، فقال الحنفية والشافعية والحنابلة : يجوز بيع ماظهر

---

(١) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢١٧ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٥٠ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٩١ ، المغني : ٤ ص ٨٩ .

(٢) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي عن جابر بن عبد الله .

(٣) رواه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي عن أنس .

(٤) رواه أصحاب السنن ماعدا النسائي عن أنس (انظر في تخريج هذه الأحاديث جامع الأصول : ١ ص ٣٩٠ وما بعدها ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٧٣) .

(٥) رد المحتار : ٤ ص ٤٠ .

منها من الخارج الأول . وأما بيع ماظهر ومالم يظهر ، فلا يجوز ، لأن العقد اشتمل على معلوم ومجهول ، قد لايخرجه الله تعالى من الشجرة . ولا يصح أيضاً البيع ، لعدم القدرة على تسليم المبيع ، والحاجة تندفع ببيع أصوله ، ولأن مالم يبد صلاحه يجوز إفراده بالبيع بخلاف مالم يخلق.

إلا أن الحنفية يقولون فيما لايجوز : إن البيع فاسد [١] . وغيرهم يقولون : إنه باطل . وهناك قول ثان عند الحنفية بجواز هذا البيع ؛ لأن الناس اعتادوا بيع الثمار على هذه الصفة ، وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وضيق . وقد رجح ابن عابدين هذا القول وأخذت به مجلة الأحكام الشرعية .

وقال المالكية : يصح البيع عملاً بحسن الظن بالله تعالى وبمسامحة الانسان لأخيه بجزء من الثمن المقابل للذي يخرجه الله تعالى من الثمرة ، ولأن ذلك يشق تمييزه ، فجعل مالم يظهر تبعاً لما ظهر ، كما أن مالم يبد صلاحه تبع لما بدا [٢] .

بيع الحنطة في سنبلها :

قال الحنفية : يجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره ، وكذا الأرز والسمسم ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ، ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير [٣] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٧٣ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٩٢ ، المغني : ٤ ص ٩٠ رد المحتار : ٤ ص ٤٠ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٥١ ، بلغة السالك : ٢ ص ٧٩ ، الميزان : ٢ ص ٦٩ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢١٩ .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ١٠٦ .

وكذلك قال المالكية والحنابلة : يجوز بيع الحب في سنبله ، ولا يجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل ، لأنه بيع مالم تعلم صفته ولا كثرته . ودليلهم الحديث السابق ، والمعقول : وهو أنه إذا اشتدالحب بدا صلاحه ، فصار كالثمرة إذا بدا صلاحها ، وإذا اشتد شيء من الحب جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه ، كالشجرة إذا بدا الصلاح في شيء منها [١] .

وقال الشافعية في الأصح عندهم : مالا يرى حبه كالحنطة والعدس والسمسم في السنبل لايصح بيعه وإن اشتد دون سنبله لاستتاره ، ولابيعه مع السنبل ، لأن المقصود منه مستتر بما ليس من صلاحه ، فلا يصح قياساً على بيع الحنطة في تبنها بعد الدياس ، فإنه لايصح قطعاً ، ولأنه من باب الغرر ، وأما حديث : « نهى الرسول ﷺ عن بيع السنبل حتى يبيض » أي يشتد ، فهو محمول على الشعير ونحوه جمعاً بين الدليلين . والأرز كالشعير والذرة بارزة الحبات كالشعير ، وأما المستورة بكمام فكالحنطة [٢] .

حكم البيع الفاسد :

سنذكر حكم البيع الفاسد وما يلحق به من الكلام في التصرف ، وفسخ المشترى شراء فاسداً ، والزيادة في المبيع بيعاً فاسداً .

للبيع الفاسد عند الحنفية أحكام [٣] منها : أن البيع ينعقد بقيمة

---

(١) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٢٠ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٥١ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٦ ، المغني : ٤ ص ٨٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٩٠ .

(٣) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص ٢٣ ، البدائع : ٥ ص ٣٠٤ ، فتح القدير والعناية : ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٣٦ .

المبيع أو بالمثل ، لا بالثمن المسمى ، ويفيد الملك في المبيع بالقبض ، لأن ذكر الثمن المرغوب كالخمر مثلاً ، أو إدخال شرط فاسد ، أو وجود الجهالة في الثمن ونحو ذلك : دليل على أن غرض المتعاقدين البيع فينعقد بيعاً بقيمة المبيع باعتبار أن القيمة هي الواجب الأصلي في المبايعات ؛ لأنها مثل المبيع في المالية .

والدليل على أن البيع الفاسد منعقد يفيد الملك : هو أن ركن البيع « وهو مبادلة مال بمال » صدر من أهله مضافاً إلى محله ، فوجب القول بانعقاده ، وإنما المحظور ليس لمعنى في ذات المنهي عنه ، وإنما لما يجاور البيع ، كما في البيع وقت النداء إلى صلاة الجمعة ، فكان ذكر هذه الشروط لايصح ، فالتحق ذكرها بالعدم أي فكأنها لم تذكر .

وإنما لايثبت الملك قبل القبض كي لايتقرر الفساد ؛ لأنه إذا ثبت الملك قبل القبض وجب تسليم الثمن ، وتسليم المبيع ، فيتقرر الفساد ، وهو لايجوز لأن الفساد واجب الازالة والرفع شرعاً .

وعند جمهور الفقهاء : لاينعقد البيع الفاسد ، ولا يفيد الملك أصلاً ، وان قبض المشتري المبيع ، لأن المحظور لايكون طريقاً إلى الملك ، ولأن النهي عن البيع الفاسد يقتضي عدم المشروعية ، وغير المشروع لايفيد حكماً شرعياً .

ويشترط في البيع الفاسد لافادة الملك عند الحنفية شرطان :

١ً – **القبض** : فلا يثبت الملك قبل القبض ، لأنه واجب الفسخ رفعاً للفساد ، وفي التسليم تقرير الفساد ، كما بينا .

٢ – **أن يكون القبض باذن البائع** : فإن قبض بغير إذنه أصلاً لايثبت الملك ، وذلك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير إذنه .

ـ فإن لم ينهه عن القبض ولا أذن له في القبض صريحاً ، فقبضه في مجلس العقد بحضرة البائع : ففي المشهور من الروايات عن الحنفية أن الملك لايثبت . وذكر محمد في الزيادات أنه يثبت الملك ، وهو الصحيح كما قال المرغيناني ؛ لأن ذلك إذن منه بالقبض دلالة ، كما في باب الهبة إذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب ، فلم ينهه ، صح قبضه ، ولأن البيع تسليط من البائع على القبض ، فإذا قبضه المشتري بحضرة البائع ، كان بحكم التسليط السابق .

ووجه الرواية التي سماها صاحب الايضاح مشهورة : هو أن العقد الفاسد ليس فيه تسليط على القبض ، لوجود المانع من القبض ، لأن في قبض المبيع تقرير الفساد ، فكان الاذن بالقبض إذناً بما فيه تقرير الفساد بخلاف الهبة لامانع فيها من القبض ، وحينئذ فلا سبيل إلى إثبات الإذن بطريق الدلالة (١) .

التصرف في المشترى شراء فاسداً :

ومن أحكام البيع الفاسد : أن المشتري بعد قبض المبيع يملك التصرفات الناقلة للملكية التي تتعلق بعين الشيء ، وتكون نافذة مثل البيع والهبة والصدقة والرهن والاجارة ، لأن هذه التصرفات تزيل حق الانتفاع بالحرام ، ولكن الصحيح عند الحنفية أن هذه التصرفات تكون مكروهة لأنه يجب فسخ العقد الفاسد لحق الشرع ، وفي هذه التصرفات إبطال أو تأخير لحق الفسخ ، فتكره .

وأما التصرفات التي لاتتعلق بعين الشيء ، وإنما في الانتفاع بالعين كأكل الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكنى الدار ، فلا تباح المشتري شراء فاسداً ، لأن الثابت بالبيع الفاسد ملك خبيث ، والملك

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٣٠ .

الخبيث لايفيد إطلاق الانتفاع ، لأنه واجب الرفع والبطلان ، وهذا هو الصحيح عند الحنفية [١] .

ما يبطل حق الفسخ :

١ ـ التصرف الواقع على المشتري شراء فاسداً :

من المعروف أن الملك الثابت في البيع الفاسد ملك غير لازم ، بل هو مستحق الفسخ ، ويحق لكل من العاقدين قبل القبض فسخ العقد من غير رضا الآخر . كيفما كان الفساد ، كما يحق لهما ذلك بعد القبض إذا كان الفساد راجعاً إلى العوض ، كأن يكون الثمن خمراً أو خنزيراً .

وإن لم يكن الفساد راجعاً إلى العوض بعد القبض كالبيع بشرط منفعة زائدة لاحد العاقدين أو إلى أجل مجهول ، فلكل واحد من العاقدين الفسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لان العقد في نفسه غير لازم . وفي قول محمد : حق الفسخ لمن شرط له المنفعة لاغير ، لان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بإزالة المفسد وإسقاطه [٢] .

هذا بالنسبة لاصل التصرف الفاسد ، فهل يبطل حق الفسخ بسبب التصرف الواقع بعد القبض على المشترى شراء فاسداً ؟ في ذلك تفصيل [٣] .

١ ـ إن كان التصرف مزيلاً للملك من كل وجه كالبيع والهبة والإعتاق ، قلا يفسخ (أي أن حق الفسخ في البيع الفاسد يبطل) وعلى المشتري القيمة أو المثل ، لأنه تصرف في محل مملوك له ، فنفذ تصرفه .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٣٢ ، البدائع : ٥ ص ٣٠٤ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٣٠٠ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٣١ .

(٣) البدائع : ٥ ص ٣٠١ وما بعدها .

٢ — وإن كان تصرفاً مزيلاً للملك من وجه ، أو ليس مزيلاً للملك .

آ — فإن كان تصرفاً لايحتمل الفسخ ومثلوا له بالتدبير والاستيلاد والكتابة [٢] فإنه يبطل الفسخ .

ب — وإن كان التصرف يحتمل الفسخ ، كالإجارة فإنه يفسخ فلو آجر رجل الشيء حقّ للمالك الأول فسخ الاجارة ، ثم يفسخ البيع بسبب الفساد ، لأن الاجارة وإن كانت عقداً لازماً إلا أنها تفسخ بالعذر ، ولا عذر أقوى من رفع الفساد .

ولو أوصى شخص بالمبيع بيعاً فاسداً ، صحت الوصية ، ويجوز فسخها مادام الموصي حياً ، لأن الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصي .

فلو مات الموصي قبل الفسخ ، سقط حق الفسخ ، لأن الملك انتقل إلى الموصى له ، كما ينتقل بالبيع .

ويلاحظ : أن حق الفسخ يورث ، فلو مات المشترى شراء فاسداً فورثه الورثة ، فيحق للبائع الفسخ ، وكذا للورثة ، لأن الوارث يقوم مقام الميت في حق الفسخ ، وكذا يحق لورثة البائع إن مات أن يطالب ورثته باسترداد المبيع .

٢ — الزيادة في المبيع بيعاً فاسداً :

إذا حدثت زيادة في المبيع بيعاً فاسداً ، فإما أن تكون زيادة منفصلة أو متصلة :

١ — الزيادة المتصلة : الزيادة المتصلة إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة .

---

(٢) هذه التصرفات تزيل الملك من وجه إذ أنها تؤول بالعبد إلى الحرية بعد الموت في التدبير والاستيلاد،أو بعد تنفيذ مقتضى عقد الكتابة بوفاء الإلتزام المالي .

آ — فإن كانت متولدة من الأصل كالسمن والجمال ، فلا تمنع الفسخ ، لأن هذه الزيادة تابعة للأصل حقيقة ، والأصل مضمون الرد ، فكذلك التبع ، كما في الغصب .

ب — وإن كانت غير متولدة من الأصل كخلط الدقيق بالسمن أو العسل ، فإنها تمنع الفسخ لأنه لو فسخ إما أن يفسخ على الأصل وحده أو على الأصل والزيادة معاً ، ولا سبيل إلى الأول لتعذر الفصل ، ولا سبيل إلى الثاني ، لأن الزيادة لم تدخل تحت البيع ، لا أصلًا ولا تبعاً ، فلا تدخل تحت الفسخ .

٢ — **الزيادة المنفصلة** : وهذه الزيادة أيضاً إما متولدة من الأصل أو غير متولدة منه .

آ — فإن كانت متولدة من الأصل كالولد واللبن والثمرة ، فلا تمنع حق الفسخ ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة تابعة للأصل ، لكونها متولدة منه ، والأصل مضمون الرد ، فكذلك الزيادة لأن هذه الزيادة، كما في حالة الغصب . ويلاحظ أن الأرش [١] يعتبر من هذا القسم ، لأنه بدل جزء فائت من الأصل حقيقة كالمتولد من الأصل .

ب — وإن كانت غير متولدة ، كالهبة والصدقة والكسب ، فإنها لاتمنع الرد ، وللبائع أن يسترد الأصل مع الزيادة ، لأنها حصلت على ملكه ، إلا أنها لاتطيب له ، لأنها لم تحدث في ضمانه ، بل في ضمان المشتري .

والخلاصة : أن الزيادة المتصلة غير المتولدة : هي التي تبطل حق الفسخ فقط دون غيرها من أنواع الزيادة .

---

(١) الأرش : هو العوض المالي الذي يقدّر ، ويجب على الجاني في غير النفس والأعضاء ، فإذا كان العوض عن النفس أو العضو فيسمى دية .

وكذلك الزيادة بالصنع تبطل حق الفسخ : وهي أن يحدث المشتري في المبيع بيعاً فاسداً صنعاً ، لو فعله الغاصب في المغصوب يصير ملكاً له ، كما إذا كان المبيع قطناً ، فغزله ، أو غزلاً فنسجه ، أو حنطة فطحنها ، أو سمسماً أو عنباً فعصره ، أو ساحة فبنى عليها ، أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحوها . وذلك لأن القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب ، لأن كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ، ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه ، فكل مايبطل حق المالك في الغصب يبطله في البيع . وحينئذ يلتزم المشتري بدفع قيمة الشيء المبيع يوم القبض ، كما في الغصب [١] .

وعلى هذا فليس للبائع المطالبة بنقض البناء الذي بنـاه المشتري في الأرض المبيعة بيعاً فاسداً . وإنما على المشتري قيمتها ، وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه .

وقال الصاحبان : لايبطل حق الفسخ حينئذ ، وللبائع أن ينقض البناء ويقلع الغرس كما في الغصب ، فإن الغاصب إذا بنى على الأرض المغصوبة لايبطل حق المالك في الأرض .

ودليل أبي حنيفة : أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام ، وقد حصل البناء أو الغرس بتسليط من البائع ، لأن المبيع صار ملكاً للمشتري وفي النقض ضرر كبير ، فلا ينقض البناء ، ولا يقلع الغرس ، كما في تصرف البيع والهبة ، بخلاف الغاصب ، لأنه لم يوجد التسليط على البناء [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٢ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٣٧ .
(٢) فتح القدير : ٥ ص ٣٠٢ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ١٣٧ ، البدائع : ٥ ص ٣٠٤ .

وأما نقصان المبيع بيعاً فاسداً فلا يمنع البائع من الاسترداد ، سواء حصل النقص بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشتري ، فــإن حصل بفعل أجنبي ، فالبــائع بالخيار : إن شاء أخذ قيمة النقص من المشتري ، والمشتري يرجع به على الجاني ، وإن شاء طالب الجاني وهو لايرجع على المشتري[١] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٣ .

المبحث الخامس

الخيارات

عرفنا سابقاً أن العقد اللازم هو الخالي من أحد الخيارات التي تسوغ لأحد العاقدين فسخه وإبطاله .

ومعنى الخيار : أن يكون للمتعاقد الخيار بين إمضاء العقد وعدم إمضائه بفسخه إن كان الأمر أمر خيار شرط أو رؤية أو عيب ، أو أن يختار أحد المبيعين إن كان الامر أمر خيار التعيين [1]. والخيارات سبعة عشر أشهرها سبعة وهي : خيار الشرط ، والوصف [2]، والنقد[3]، والتعيين [4]،

---

(١) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٦٦ .

(٢) خيار الوصف : هو أن يكون المشتري مخيراً بين أن يقبل بكل الثمن المسمى وأن يفسخ البيع حيث فات وصف مرغوب فيه في بيع شيء غائب عن مجلس العقد (عقد البيع : ص ٤٤ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٩) .

(٣) هو أن يشترط المتبايعان في عقد البيع بالنسيئة أن المشتري إذا لم يدفع الثمن في الأجل المعين فلا بيع بينهما (فتح القدير : ٥ ص ١١٤، المبسوط : ١٣ ص ٥٠ ، رد المحتار : ٤ ص ٥١، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ٨٠) .

(٤) هو أن يتفق العاقدان على تأخير تعيين المبيع الواجب التعيين إلى أجل على أن يكون حق تعيينه لأحدهما مثل أن يشتري أحد ثوبين أو ثلاثة غير معين على أن يأخذ أيها شاء ، على أنه بالخيار ثلاثة أيام (العناية بهامش فتح القدير : ٥ ص ١٢٥ ، ردالمحتار : ٤ ص ٦٠، عقد البيع : ص ٣٥) .

والرؤية ، والعيب ، والغبن مع التغرير [١] .

وسندرس بالتفصيل أهم هذه الخيارات وهي خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية .

---

(١) الغبن: هو أن يغرر البائع المشتري أو بالعكس وهو التغرير القولي . وهناك تغرير فعلي كالتصرية وهي أن يشد البائع ضرع الشاة ليجتمع لبنها ، فيظن المشتري أنها غزيرة اللبن ، فيخير بين الإعطاء والفسخ (رد المحتار : ٤ ص ٤٧) .
(انظر العناية بهامش فتح القدير : ٥ ص ١٢٥، رد المحتار : ٤ ص ٦٠ ، عقد البيع : ص ٣٥) .

خيار الشرط

خطة الموضوع :

الكلام في خيار الشرط في المواضع الآتية :

المطلب الأول – الخيار المفسد والخيار المشروع .
المطلب الثاني – مدة الخيار المشروع .
المطلب الثالث – طرق إسقاط الخيار .
المطلب الرابع – حكم العقد في مدة الخيار .
المطلب الخامس – كيفية الفسخ والاجازة .

المطلب الأول

الخيار المفسد للبيع والخيار المشروع

الخيار المفسد : اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة في الصحيح من مذهبهم على أن العاقدين إذا ذكرا الخيار مؤبداً ، كأن يقول أحدهما : « بعت ، أو اشتريت على أني بالخيار أبداً » أو ذكرا الخيار مطلقاً ، كأن يقول أحدهما : « على أني بالخيار أو متى شئت » أو ذكرا وقتاً مجهولاً كقدوم زيد ، أو هبوب ريح ، أو نزول مطر ، أو أياماً ، فإن العقد غير صحيح لوجود الجهالة الفاحشة .

إلا أن الشافعية والحنابلة قالوا : العقد باطل [1] . وقال الحنفية : العقد فاسد فقط فاذا أسقط الشرط قبل مضي مدة ثلاثة أيام ، أو حذف الزائد ، أو بينت مدة الخيار ، صح البيع ، لزوال المفسد [2] .

استدل الشافعية والحنابلة : بأن مدة الخيار حينئذ ملحقة بالعقد ، فلا تجوز مع الجهالة ، كما لاتجوز جهالة الأجل ، ولأن اشتراط الخيار أبداً ونحوه يقتضي المنع من التصرف على الأبد ، وذلك ينافي مقتضى العقد ، فلم يصح ، كما لو قال : بعتك بشرط أن تتصرف .

واستدل الحنفية بنحو ذلك فقالوا : إن شرط الخيار مغير لمقتضى العقد بحسب الأصل ، إلا أنا أجزناه بنص حديث حبان بن منقذ الذي

---

(١) المهذب : ١ ص ٢٥٩ ، المغني : ٣ ص ٥٨٩ .

(٢) البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، رد المحتار : ٤ ص ٤٩ .

حدد فيه الخيار بثلاثة أيام ، فبقي ما عـدا المنصوص عليه موافقـاً لمقتضى الأصل .

وقال مالك وأحمد في رواية عنه : يجوز الخيار المطلق ، إلا أن الإمام أحمد قال في ذلك : «وهما على خيارهما أبداً ، أو يقطعاه ، أو تنتهي مدته». وقال الإمام مالك : السلطان يحدد له مدة كمدة خيار مثله في العادة ، لأن اختيار المبيـع في مثله مقدّر في العادة ، فإذا أطلق الخيار حمل على المعتاد ، ويفسد البيـع عند المالكية اذا وقع بشرط مدة زائدة على مدته بكثير «أي بعد يوم» أو بشرط مدة مجهولة كإلى أن تمطر السماء أو يقدم زيد[١] .

الخيار المشروع : — وهو أن يذكر وقت معلوم ، وسيأتي الخلاف فيه بين الفقهاء ، وقد ثبتت مشروعية خيار الشرط بحديث حبان بن منقذ الذي كان يغـبن في البيـع والشراء ، فشكا أهله إلى رسول الله ﷺ ، فقال : « إذا بايعت فقل : لاخلابة [٢] ولي الخيار ثلاثة أيام » ولمساس الحاجة إليه لدفع الغبن [٣] وخيـار الشرط مشروع عند جمهور الحنفية ، سواء أكان الشرط للعاقد أو لغيره لتحقيق حاجة الناس . وقال زفر : لا يجوز لغير العاقد : ولا يجوز الخيار والأجل في البيوع التي فيها الربا : وهي عقد الصرف، وبيـع المكيل والموزون عند الحنفية ، والطعام بالطعام عند الشافعية ، لأنه يشترط فيها القبض قبل التفرق بالأبدان ، وذكر الخيار أو الأجل ينافي القبض [٤] .

---

(١) حاشية الدسوقي : ٣ ص ٩٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٨ .

(٢) أي لا خديعة ولا غبن. أي لايحل لك خديعتي ، أولا تلزمني خديعتك ، وقـد سبق تخريجه وروايته عند الحاكم والبيهقي والبخاري ومسلم وأبي داود والنسائي والموطأ عن ابن عمر (انظر تحفة الفقهاء بتخريج وتحقيق أحاديثها للمؤلف مع الأستاذ الكتاني: ٢ ص ٨٢).

(٣) سبل السلام : ٣ ص ٣٥ ، البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، المنتقى على الموطـأ : ٥ ص ١٠٨ .

(٤) فتح القدير : ٥ ص ٣٧٢ ، المهذب : ١ ص ٢٥٨ .

المطلب الثاني

آراء الفقهاء في مدة الخيار المشروع

قال أبو حنيفة وزفر والشافعي : يجوز شرط الخيار في مدة معلومة لاتزيد على ثلاثة أيام ، لأن الأصل امتناع الخيار ، لكونه مخالفاً لوضع البيع ، فإنه يمنع نقل الملك أو لزومه ، إلا أنه ثبت على خلاف هذا الأصل بحديث حبان بن منقذ السابق ذكره ، والذي رواه ابن عمر ، وبحديث أنس : « أن رجلاً اشترى من رجل بعيراً ، واشترط عليه الخيار أربعة أيام ، فأبطل رسول الله ﷺ البيع ، وقال : « الخيار ثلاثة أيام »[1] ولأن الحاجة تندفع بالثلاث غالباً ، فلو زاد عليها فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر ، ولكنه يعود صحيحاً عند أبي حنيفة إذا أجاز من له الخيار في الثلاثة ، لزوال المفسد قبل أن يتقرر الفساد ، وعند زفر : الفاسد من العقود لايعود صحيحا بحال .

ويبطل العقد عند الشافعي « بخلاف ماذكر في تحفة الفقهاء » . وكونه لايجوز أكثر من ثلاثة ، لأنه غرر ، وفيما دون الثلاث رخصة ، فلا يجوز الزيادة عليها ، وعلى الجملة : إن الخيار ينافي مقتضى البيع لولا ثبوته بالشرع [2] .

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه وذكره عبد الحق في « أحكامه » من جهة عبد الرزاق ، وأعله بأبان بن أبي عياش ، وقال : إنه لايحتج بحديثه مع أنه كان رجلاً صالحاً (انظر نصب الراية : ٤ ص ٨) .

(٢) المبسوط للسرخسي : ١٣ ص ٤٠ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ١٧٤ ، فتح القدير : ٥ ص ١١٠ وما بعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٤٧ .

وقال الصاحبان والحنابلة : يجوز اشتراط مدة الخيار بحسب مايتفق عليه البائع والمشتري من المدة المعلومة ، قلّت مدته أو كثرت : ودليلهم ماروي أن ابن عمر « أجاز الخيار الى شهرين »[1] ولأن الخيار حق يعتمد الشرط ، فرجع في تقديره إلى مشترطه ، كالأجل . وبعبارة أخرى : إن مدة الخيار ملحقة بالعقد ، فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل[2].

وقال المالكية : يجوز الخيار بقدر ما تدعو إليه الحاجة ، ويختلف ذلك باختلاف الأمور ، فالفاكهة التي لاتبقى أكثر من يوم لايجوز شرط الخيار فيها أكثر من يوم ، والثياب أو الدابة : ثلاثة أيام ، والأرض التي لايمكن الوصول إليها في ثلاثة أيام يجوز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة أيام ، والدار ونحوها تحتاج مدة شهر .

ودليلهم أن المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع ، وإذا كان الأمر كذلك ، وجب أن يكون الخيار محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع ، وذلك يختلف بحسب المبيعات ، فكأن النص إنما ورد عندهم تنبيهاً على هذا المعنى ، وهو أن الخيار لحاجة العاقد ، فيقدر بها ، فيكون النص عندهم من باب الخاص أريد به العام[3] .

وعند الشافعية وأبي حنيفة وزفر من باب الخاص أريد به الخاص .

حكم الغاية في مدة الخيار :

قال أبو حنيفة : إذا شرط الخيار إلى الليل أو إلى الغد ، فيدخل

---

(١) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جداً(انظر نصب الراية : ٤ ص ٨).

(٢) المغني : ٣ ص ٥٨٥ ، المبسوط : ١٣ ص ٤١ ، فتح القدير : ٥ ص ١١١ ، البدائع : ٥ ص ١٧٤ .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٧ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٩١ ، ٩٥ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٣ .

الليل والغد في مدة الخيار ، لأن المقصود من الغاية هنا هو إخراج ما بعدها من حكم ما قبلها ، كما في قوله تعالى : « فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق » بدليل أنه لو لم يذكر الوقت أصلا لاقتضى ثبوت الخيار في الأوقات كلها [١] .

وقال الصاحبان والمالكية والشافعية والحنابلة : لايدخل الليل أو الغد في مدة الخيار لأن لفظ « الى » موضوع لانتهاء الغاية ، فلا يدخل مابعدها فيما قبلها ، كما في قوله تعالى : « ثم أتموا الصيام الى الليل » والأصل هو حمل اللفظ على موضوعه، فكأن واضع اللغة قال متى سمعتم هذه اللفظة ، فافهموا منها انتهاء الغاية [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٦٧ .

(٢) المغني لابن قدامة : ٣ ص ٥٨٨ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٦٤ ، البدائع ، المرجع السابق .

المطلب الثالث

طرق إسقاط الخيار

العقد الذي فيه الخيار عقد غير لازم، ويصبح لازماً إذا سقط الخيار بعد ثبوته ، وطرق الإسقاط ثلاثة :

١ً ـ **الاسقاط الصريح** : هو أن يقول صاحب الخيار : أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع أو رضيت به ، ونحو ذلك ، فيبطل الخيار ، سواء علم المشتري بالإجازة أو لم يعلم ، لأن الخيار شرع للفسخ ، فإذا سقط يبطل الخيار رجوعاً إلى الأصل في العقد : وهو لزومه ونفاذه .

وكذلك يسقط الخيار إذا قال من له الحق فيه « فسخت العقد ، أو نقضته ، أو أبطلته » لأن الخيار هو التخيير بين الفسخ والإجازة ، فأيها وجد سقط الخيار [١] .

٢ ـ **الاسقاط دلالة** : وهو أن يوجد ممن له الخيار تصرف يدل على إجازة البيع وإثبات الملك ، فالاقدام عليه يكون إجازة للبيع دلالة [٢] .

وبناء على هذا :

إذا كان الخيار للمشتري ، والمبيع في يده ، فعرّضه على البيع ،

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٦٧ ، ٢٧١ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٧٢ .

يبطل خياره ، لأن عرض المشتري المبيع على البيع معناه اختيار التملك وذلك يكون بابطال الخيار .

وإذا كان الخيار للبائع فعرَضه على البيع ، فالأصح من الروايتين عن أبي حنيفة : أن يكون إسقاطاً للخيار ، لأنه دليل على اختيار إبقاء الملك في المبيع .

وكذلك يسقط خيار المشتري إذا باع الشيء الذي اشتراه أو رهنه أو وهبه — سلم أو لم يسلم — أو آجره ، لأن نفاذ هـذه التصرفات مختص بقيام الملك ، فيكون الإقدام عليها دليلاً على قصد إبقاء الملك ، وذلك يتم بإجازة البيع .

ويسقط الخيار أيضاً بهذه التصرفات في الثمن إذا صدرت من البائع الذي له الخيار ، إذ أنـه لا تصح هذه التصرفات إلا بعد نقض التصرف الأول .

إلا أن هناك فرقاً بين البائع والمشتري بالنسبة لتسليم الهبة والرهن ، فإنه إذا كان الخيار للبائع لا يسقط في الهبة والرهن إلا بعد التسليم بخلاف المشتري كما عرفنا [١] .

واما الإجارة فلا فرق فيها بين البائع والمشتري ، فإنها تسقط الخيار من غير شرط القبض ، لأنها عقد لازم ، بخلاف الرهن والهبة قبل القبض ، فإنهما عقدان غير لازمين .

ومن مسقطات الخيار دلالة أن يُسكن المشتري الدار المبيعة رجلاً بأجر أو بغير أجر ، أو يرمم شيئاً منها بالتطيين أو التجصيص ، أو يحدث فيها بناء أو يهدم شيئاً منها ، لأن هذه التصرفات دليل اختيار الملك .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٦٧ ، تحفة الفقهاء : ج ٢ ص ٩٥ .

ومن مسقطات الخيار دلالة أيضاً : أن يسقي المشتري الزروع والثمار أو يحصدها أو يقطع منها شيئاً لدوابـه ، لأن ذلك يعد إجازة للبيع واختياراً للتملك كما ذكرنا [١] .

أما ركوب الدابة لسقيها أو لردها على البائع ، فلا يسقط الخيـار استحسانا ، لأن الدابة قد لا يمكن تسييرها إلا بالركوب ، ويسقط قياساً ، لأن ذلك دليل اختيار الملك .

وكذا ركوب الدابة لينظر إلى سيرها وقوتها ، لايسقط الخيار .

وكذا أيضاً لبس الثوب لينظر إلى طوله وعرضه لا يسقط الخيار ، لاحتياجه إلى التجربة والاختبار ، أما لبسه ثانية لنفس الغرض الأول ، فيسقط الخيار .

وركوب الدابه مرة ثانية لمعرفة العَدْو أو لمعرفة سير آخر كمشي الهملاج (أي السير السهل) لا يسقط الخيار أيضاً ، أما ركوبها لمعرفة الغرض الأول ، فيسقط الخيار .

ويرى بعض مشايخ الحنفية أن ركوب الدابة للمرة الثانية لنفس الغرض الأول : لا يسقط الخيار ، لأن الاختبار لا يحصل بالفعل مرة ، لاحتمال وقوع ذلك صدفة ، فيحتاج إلى معرفة العادة الثابتة ، بخلاف الثوب : فإن الغرض يحصل بالمرة الواحدة [٢] .

٢ ـ إسقاط الخيار بطريق الضرورة :

يسقط الخيار ضرورة بأمور :

أ ـ مضي مدة الخيار : يسقط الخيار بمضي مدته دون اختيار

---

(١) تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٠٠ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٧٠ .

(٢) تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٠١ وما بعدها ، المدائع : ٥ ص ٢٧٠ .

فسخ العقد ، لان الخيار مؤقت بها ، فيبقى العقد بلا خيار ، فيصبح لازماً [١] .

وكذلك قال الشافعية والحنابلة : يسقط الخيار إذا انقضت مدته ، ولم يفسخ أحدهما العقد ويصبح لازماً ، لأن مدة الخيار ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالاجل ، ولأن الحكم ببقائها يفضي إلى بقاء الخيار في غير المدة المشروطة ، والشرط سبب الخيار ، فلا يجوز أن يثبت به ما لم يتناوله ، ولانه حكم مؤقت ، فصار بفوات وقته كسائر المؤقتات ، ولأن البيع يقتضي اللزوم ، وإنما تخلّف موجَبه بالشرط ، ففيما لم لم يتناوله الشرط يجب أن يثبت موجَبه لعدم وجود ما ينافي مقتضى العقد كما لو أمضوا العقد [٢] .

وقال الامام مالك : لا يلزم البيع بمضي المدة بل لا بد من اختيار أو إجازة ، لان مدة الخيار جعلت حقاً لصاحب الخيار لا واجباً عليه ، فلم يلزم الحكم بنفس مرور الزمان ، كمضي الاجل في حق المولى بالنسبة المكاتب ، لا يلزم المولى بالعتق بمجرد مضي المدة [٣] .

٢ ــ موت المشروط له الخيار :

إذا مات المشروط له الخيار ، يسقط الخيار ، سواء أكان الخيار للبائع أو للمشتري ، أولهما ، ويصير العقد لازماً ، لانه وقع العجز عن الفسخ ، فيلزم ضرورة ، وقد اتفق الفقهاء على أنه يورث خيار العيب وخيار التعيين ، ولا يورث خيار المجلس ، ولا خيار الإجازة في بيع الفضولي ، ولا خيار الرؤية على الصحيح ، كما لا يورث الأجل [٤] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٦٧ .
(٢) الميزان: ٢ ص ٦٤ ، المغني : ٣ ص ٥٩١ .
(٣) حاشية الدسوقي : ٣ ص ٩٥ ، ٩٨ .
(٤) البدائع : ٥ ص ٢٦٨ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٩ .

أما خيار الشرط فاختلفوا في إرثه :

فقال الحنفية : لا يورث خيار الشرط : وإنما يسقط بموت المشروط له ، كما بينا ، لأن الوارث يستحق الباقي بعد موت المورّث ، وخيار المورّث لا يبقى بعد موته : لان خيـاره تخيره بين الفسخ والإجازة ، ولا يتصور ذلك منه بعد موته ، فلا يورث ، بخلاف خيار العيب والتعيين لان الموروث هناك محتمل للإرث وهو العين المملوكة ، أما الخيار فهو عرض لا يبقى [١] .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : إذا مات صاحب الخيار : فلورثته من الخيار مثل ما كان له ، لأن الخيار حق ثابت لضمان صلاحية المال المشترى ، فلم يسقط بالموت كالرهن وحبس المبيع على الثمن ونحو ذلك من الحقوق المالية ، فينتقل إلى الوارث كالأجل وخيار الرد بالعيب ، ولأنـه حق فسخٍ للبيـع ، فينتقل إلى الوارث كالرد بالعيب ، والفسخ بالتحالف [٢] .

ويلاحظ أن مرجع الخلاف في إرث الخيار هو : هل الأصل أن تورث الحقوق كالاموال أم لا ؟

فقال الجمهور : الأصل أن تورث الحقوق والأموال إلا إذا قام دليل على وجود اختلاف بين الحق والمال بالنسبة للإرث .

---

(١) المبسوط : ١٣ ص ٤٢ ، فتح القدير : ٥ ص ١٢٥ ، البدائـع : ٥ ٢٦٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٥٧ .

(٢) بداية المجتهد: ٢ ص ٢٠٩ ، المهذب : ١ ص ٢٥٩ ، مغني المحتاج: ٢ ص ٤٦ ، المغني : ٣ ص ٥٧٩ . والفسخ بالتحالف : يحصل عند اختلاف البائع والمشتري في قدر الثمن أو قدر المبيع ، ولم يكن لكل واحد منهما بينة ، ولم يتراضيا ، فيحلف الحاكم كل واحـــد منهما على دعوى الآخر ، فإن حلفا فسخ القاضي البيـع بينهما (انظر نتائج الأفكار : ٦ ص ١٨٣ وما بعدها) .

وقال الحنفية : الأصل هو أن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليله من إلحاق الحقوق بالاموال .

٣ ـ ما هو في معنى الموت : كالجنون والاغماء والنوم والسُكْر والردة واللحاق بدار الحرب [١] . فإذا ذهب عقل صاحب الخيار بالجنون أو بالإغماء ، في مدة الخيار ، ومضت المدة على تلك الحال صار العقد لازماً لانه عجز عن الفسخ فتزول فائدة الخيار ، فإن أفاق في مدة الخيار ، بقي الخيار ، لإمكان ممارسة حق الفسخ والاجازة .

وكذا يسقط الخيار لو بقي صاحبه نائماً لآخر مدة الخيار ، كما يسقط على الصحيح لو سكر وظل سكراناً حتى مضت مدة الخيار .

ولو ارتد من له الخيار في مدة الخيار ، فقتل على الردة أو مات : لزم البيع . وكذا لو لحق بدار الحرب ، وقضى القاضي بلحاقه ، لأن الردة بمنزلة الموت بعد الالتحاق بدار الحرب .

فإن عاد المرتد إلى الاسلام في مدة الخيار ، فهو على خياره .

كل ذلك إذا لم يتصرف المرتد بالخيار فسخاً أو إجازة ، فاذا تصرف في مدة الخيار ينظر :

إن أجاز البيع جاز بالاتفاق ، ولو فسخ يصبح حكم العقد موقوفاً عند أبي حنيفة : فإن عاد مسلماً نفذ ، وإن مات أو قتل على الردة ، بطل الفسخ .

وقال الصاحبان : تنفذ تصرفات المرتد حال ردته . ومنشأ الخلاف : هل تصرفات المرتد موقوفة أم نافذة ؟

قال أبو حنيفة : هي موقوفة . وقال الصاحبان : هي نافذة ، سواء أسلم أو مات أو قتل [٢] .

---

(١) المبسوط : ١٣ ص ٤٤ ، فتح القدير : ٥ ص ١٢١ .

(٢) انظر التفصيل في فتح القدير : ٤ ص ٣٩٥ وما بعدها .

٤ — **هلاك المبيع في مدة الخيار** : وفي ذلك تفصيل ، لأن الهلاك إما أن يكون قبل القبض أو بعدالقبض ، والخيار إما للبائع ، أو للمشتري [١] .

آ — فإن هلك المبيع قبل القبض أي (في يد البائع) بطل البيع وسقط الخيار ، سواء أكان الخيار للبائع أو للمشتري ، أو لهما معاً ، لأنه لو كان العقد باتا لبطل البيع بسبب العجز عن التسليم ، فيبطل إذا كان فيه خيار شرط من باب أولى .

ب — وإن هلك المبيع بعد القبض أي « في يد المشتري » : فإن كان الخيار للبائع ، فيبطل البيع أيضاً ، ويسقط الخيار ، ولكن يلزم المشتري القيمة إن لم يكن له مثل ، والمثل إن كان له مثل .

وقال ابن أبي ليلى : إنه يهلك هلاك الأمانات ، لأن الخيار منع انعقاد العقد بالنسبة لحكم العقد ، فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري ، فيهلك هلاك الأمانات .

والصحيح قول عامة العلماء ، لأن البيع وإن لم ينعقد بالنسبة لحكم العقد ، لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع ، فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء [٢] وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل ، سواء تعدى القبض أو قصر في الحفظ ، أو لم يحصل منه شيء من ذلك — فهذا أولى ، لأن العقد موجود هنا ، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لم يوجد العقد بالنسبة إليه أصلاً .

وإن كان الخيار المشتري فهلك المبيع بفعل المشتري أو البائع أو

---

(١) انظر المبسوط : ١٣ص ٤٤ ،البدائع: ٥ ص ٢٧٢ ،فتح القدير : ٥ ص ١١٧ .

(٢) وهو أن يسمي البائع أو المشتري ثمن شيء ، ثم يقبضه المساوم على وجه الشراء ، لينظر فيه أو ليريه غيره ويقول : إن رضيته أخذته بالثمن الذي اتفق عليه . فإذا ضاع أو هلك يضمن قيمته . (رد المحتار : ٤ ص ٥٢) .

بآفة سماوية : لايبطل البيع ، ولكن يسقط الخيار ، ويلزم البيع ، ويهلك على المشتري بالثمن ، لأن المشتري وإن لم يملك المبيع عند ابي حنيفة إلا أنه اعترض عليه في يده مايمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع ، لأن الهلاك في يده لايخلو عادة عن سبب له ، وهذا السبب يكون عيباً ، وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ، ويلزم البيع إذ لا فائدة من بقاء الخيار ، فيهلك بالثمن ، لأن العقد قد انبرم .

وقال الشافعية كالحنفية فيما إذا حدث الهلاك بآفة سماوية قبل القبض : ينفسخ البيع ويسقط الخيار ، كما ينفسخ العقد ويسقط الخيار اذا كان الهلاك بعد القبض ويضمن المشتري القيمة إذا كان الخيار للبائع .

فإن كان الخيار للمشتري فيقرر الشافعية أنه يضمن المبيع في هذه الحالة بقيمته ، لأنه إن فسخ البيع تعذر رد العين ، فوجب رد القيمة ، وإن أمضى العقد فقد هلك من ملكه فيجب عليه قيمته [١] .

وقال المالكية : إن هلك المبيع بيد البائع ، فلا خلاف في ضمانه إياه وينفسخ البيع وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية :

إن كان المبيع مما يغاب عليه « أي يمكن إخفاؤه » كالحلي والثياب ، فيضمن المشتري للبائع الأكثر من ثمنه الذي بيع به ، أو القيمة ، لأن من حق البائع إمضاء البيع إن كان الثمن أكثر ، ورد البيع إن كانت القيمة أكثر ، إلا إذا ثبت الهلاك ببينة فلا يضمن المشتري .

وإن كان المبيع مما لايغاب عليه « أي لا يمكن إخفاؤه » كالدور والعقارات فالبائع يضمنه ، حيث لم يظهر كذب المشتري [٢] .

---

(١) المهذب : ١ ص ٢٦٠ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٨ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٠٤ ومابعدها .

وقال الحنابلة : إن تلفت السلعة في مدة الخيار قبل القبض ، وكان المبيع مكيلاً أو موزونا انفسخ البيع ، وضمنه البائع ، ويبطل خيار المشتري .

وإن كان المبيع غير مكيل ولا موزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه ، فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري ، ويكون كتلفه بعد القبض .

وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار ، فهو من ضمان المشتري ، ويبطل خياره . وأما خيار البائع ففيه روايتان :

إحداهما : يبطل كخيار الرد بالعيب اذا تلف المعيب ، وهو اختيار الخرقي وأبي بكر .

والثانية : لا يبطل ، وللبائع فسخ البيع ، ومطالبة المشتري بالقيمة (١) .

٥ — **تعيب المبيع** : وفي ذلك تفصيل أيضاً ، لأن الخيار إما أن يكون للبائع أو للمشتري .

آ — فإن كان الخيار للبائع : فيسقط خياره إذا تعيب المبيع بآفة سماوية أو بفعل البائع ، سواء أكان المبيع في يد البائع أو يد المشتري ، لأنه هلك بعض المبيع بلا بدل عنه ، إذ لايجب الضمان على البائع ، لأن المبيع ملكه ، فينفسخ البيع في هذا البعض ، ولا يمكن بقاء العقد في الجزء الباقي ، لما يترتب على ذلك من تفريق الصفقة على المشتري قبل تمام العقد ، وهو لايجوز .

فإذا تعيب المبيع بفعل المشتري ، أو بفعل أجنبي لم يبطل البيع ، ويبقى البائع على خياره لأنه يمكنه إجازة البيع فيما بقي وفيما نقص ، لأن قدر النقصان انتقل الى بدل عنه : وهو الضمان بالقيمة على المشتري أو الأجنبي لإتلافهما ملك الغير بغير إذن ، فكان قدر النقصان قائماً معنى .

---

(١) المغني : ٣ ص ٥٦٩ .

وإذا بقي البائع على خياره والمبيع في يد المشتري : فإما أن يجيز العقد أو يفسخ : فإن أجاز البيع ، وجب على المشتري جميع الثمن ، لأن البيع جاز في الكل ، ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث التغير في المبيع ، لأنه حدث في يده وفي ضمانه .

غير أنه إذا كان التعييب بفعل المشتري ، فلا سبيل له على أحد ، لأنه ضمن القيمة بفعل نفسه ، وإن كان بفعل الأجنبي فللمشتري أن يتبع الجاني بالأرش « أي الغرامة » لأنه بإجازة البيع ملك المبيع ، من وقت البيع فحصلت الجناية على ملكه .

وإن فسخ البائع العقد ينظر .

إن كان التعييب بفعل المشتري : فإن البائع يأخذ الباقي ، ويأخذ أرش الجناية من المشتري لأن المبيع كان مضموناً على المشتري بالقيمة ، وقد عجز عن رد ما أتلفه بالجناية ، فعليه رد قيمته .

وإن كان التعييب بفعل أجنبي : فالبائع بالخيار إن شاء اتبع الجاني بالأرش ، لأن الجناية حصلت على ملكه ، وإن شاء اتبع المشتري لأن الجناية حدثت في ضمان المشتري .

فإن اختار اتباع الاجنبي : فالأجنبي لا يرجع على أحد ، لأنه ضمن القيمة بفعل نفسه ، وإن اختار اتباع المشتري ، فالمشتري يرجع بما ضمن من الأرش على الجاني ، لأن المشتري بأداء الضمان قام مقام البائع في حق تلك بدل الشيء المجني عليه ، وإن لم يقم مقامه في حق ملك نفس الشيء المجني عليه .

ب — وإن كان الخيار للمشتري : فيسقط خياره بالتعييب ولا ينفسخ البيع سواء حصل بآفة سماوية أو بفعل البائع ، أو بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي لأن في حالة الآفة السماوية واعتداء البائع حدث التعيب في المبيع في يد

المشتري وفي ضمانه ، فيلزمه رد قيمته . وأما في حالة اعتداء المشتري أو الاجنبي فلأنه تعذر رد المبيع ، لانه لا يمكن المشتري أن يرد جميع ما قبض كما قبض سليماً ، وفي رد البعض تفريق للصفقة على البائع قبل تمام العقد (١) .

وعلى هذا إذا حدث نقص في المبيع في يد المشتري كأن سقط حائط من دار بغير صنع أحد ، يسقط الخيار بهذا النقصان لتعذر رد الشيء على صاحبه كما قبضه سليماً من أي نقص ، ويتقرر على المشتري جميع الثمن لان النقصان حصل في ضمانه .

---

(١) انظر تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٠٦ - ١٠٩ ، فتح القدير ، ٥ ص ١١٧ وما بعدها ، وانظر البدائع : ٥ ص ٢٦٩ ، ٢٧٢ ، مع ملاحظة الفارق بين ما هنا وبين ما اختاره الكاساني من اعتبار التعييب بالآفة السماوية في يد البائع غير مسقط للخيار .

المطلب الرابع

حكم العقد في مدة الخيار

يقول الحنفية : لا ينعقد البيع بشرط الخيار في الحال في حق الحكم (أي نقل الملكية) بالنسبة لمن له الخيار من المتعاقدين ، بل يكون موقوفاً إلى وقت سقوط الخيار : إما بإجازة البيع أو فسخه ، فإن أجازه ظهر أن العقد كان قد انعقد حال وجوده أي قبل الإجازة متى كان موضوع العقد قابلاً له ، وإن فسخه استمر على عدم انعقاده استصحاباً للحالة الاولى .

وتفصيل ذلك يظهر فيما يأتي [1] .

إن كان الخيار للعاقدين : كان العقد غير منعقد من ناحية حكمه في حقهما معاً أي أنه لا يزول المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري ، كما لا يزول الثمن عن ملك المشتري ولا يدخل في ملك البائع ، لان الخيار المانع من الانعقاد من ناحية الحكم موجود في جانبي البائع والمشتري .

وإن كان الخيار للبائع وحده : كان العقد غير منعقد في حقه من ناحية ثبوت الحكم ، فلا يزول المبيع عن ملكه ويخرج الثمن عن ملك المشتري ، لان العقد لازم في حقه ، ولكنه لا يدخل في ملك

(١) البدائع : ٥ ص ٢٦٤ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١١٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٥١ وما بعدها .

البائع عند أبي حنيفة حتى لا يجتمع البدلان (المبيع والثمن) في يد واحدة ، وهذا لا يجوز في عقود المبادلة التي تتطلب المساواة بين البائع والمشتري .

وقال الصاحبان : إن الثمن يدخل في ملك البائع ويجب له ما دام البيع وقع باتاً أي لازماً بالنسبة للمشتري ، لانه لم يشترط الخيار لنفسه ، ودليلهما : أن الشيء لا يصح أن يكون بلا مالك .

وبهذا يظهر أن العقد من ناحية حكمه : لا ينعقد عند أبي حنيفة في كلا البدلين (المبيع والثمن). وعند الصاحبين : لاينعقد في بدل من له الخيار فقط .

وإن كان الخيار المشتري وحده : كان البيع غير منعقد بالنسبة له من ناحية حكمه ، فلا يخرج الثمن عن ملكه ، أما المبيع فيخرج عن ملك البائع فليس له التصرف فيه ، ولكنه لا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، ويدخل في ملكه عند الصاحبين على النحو السابق .

ويترتب على هذا الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه نتائج : منها ما يأتي :

١ — إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً على أنه بالخيار وقبض المشتري المبيع،ثم أسلم بطل البيع عند أبي حنيفة، لأن المبيع لم يدخل في مدة الخيار في ملك المشتري ، والمسلم ممنوع من تملك الخمر أو الخنزير .

وعند الصاحبين : لا يبطل البيع ، بل يسقط الخيار ويلزم العقد ، لان المشتري ملك المبيع في مدة الخيار وهو ذمي ، له أن يتملك الخمر والخنزير ، وبعد الاسلام : ليس له أن يرد البيع ، لانه ممنوع من تمليك شيء من ذلك .

أما إذا أسلم البائع وكان الخيار للمشتري : فلا يبطل البيع ويبقى المشتري على خياره بالاتفاق بين الإمام وصاحبيه ، وكونه لا يبطل لان البيع باتٌ في جانب البائع . وأما المشتري فيبقى خياره : فإن أجاز البيع صار لازماً ، وعليه الثمن ويملك المبيع ؛ لانه ذمي له أن يملك الخمر والخنزير . وإن رد البيع انفسخ العقد وصار المبيع على ملك البائع ، والمسلم قد يملك الخمر أو الخنزير حكماً ، كما إذا أسلم الذمي وعنده خمر أو خنزير .

فإن كان الخيار للبائع وأسلم في مدة الخيار بطل الخيار والعقد ، لأن خيار البائع يمنع إجماعاً خروج المبيع عن ملكه ، وإسلامه يمنع إخراج الخمر ونحوها عن ملكه . ولو كان الذي أسلم هو المشتري ، لم يبطل العقد ، وبقي البائع على خياره ، لأن العقد لازم من جهة المشتري إذ لا خيار له ، وحينئذ له إجازة البيع ، فيتملك المشتري المبيع وهو أهل له أي لتملك الخمر ونحوها حكماً ، كما عرفنا ، وإن رد البيع انفسخ العقد واستمر المبيع ملكاً للبائع [١] .

٢ — إذا كان المبيع داراً : فإن كان للبائع خيار ، لم يكن للشفيع الشفعة بالاتفاق بين الامام وصاحبيه ، لأن خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه .

وإن كان الخيار للمشتري ، تثبت الشفعة بالاتفاق أيضاً ، لأن خيار المشتري على قول أبي حنيفة ، وإن منع دخول السلعة في ملك المشتري ، لم يمنع زوال ملكيتها عن ملك البائع ، وحق الشفيع يثبت بزوال ملك البائع لا ملك المشتري .

---

(١) انظر البدائع : ٥ ص ٢٦٦ ، فتح القدير : ٥ ص ١٢٠ ، الأموال ونظرية العقد للأستاذ محمد يوسف موسى : ص ٤٧٥ .

وأما على قول الصاحبين : فان خيار المشتري لايمنعه تملك السلعة ، فتثبت الشفعة للشفيع[١] . هذا هو تفصيل مذهب الحنفية في حكم عقد البيع خلال مدة الخيار . وأما غير الحنفية فمذاهبهم ما يأتي :

قال المالكية وفي رواية عن أحمد : للبائع ملك المبيع زمن الخيار ، حتى ينقضي الخيار . وامضاء البيع : معناه نقل المبيع من ملك البائع لملك المشتري ، وليس تقريراً للملك . ودليلهم أن المبيع على ملك البائع ، وأما المشتري فملكه غير تام لاحتمال رده . وعلى هذا : تكون غلة المبيع الحاصلة في زمن الخيار للبائع[٢] .

وقال الشافعية في الأظهر عندهم : إن كان الخيار المشروط للبائع فملك المبيع وتوابعه كلبن ومهر وثمر وكسب له . وإن كان الخيار للمشتري فيكون الملك له ، لأنه إذا كان الخيار لأحدهما كان هو وحده متصرفاً في المبيع ، ونفوذ التصرف دليل على الملك .

وإن كان الخيار للبائع والمشتري معاً : فالملك موقوف لأنه ليس أحد الجانبين أولى من الآخر ، فيحصل التوقف ، فان تم البيع تبين أن الملك للمشتري من حين العقد ، وإلا فللبائع ، وكأنه لم يخرج عن ملكه[٣] .

وقال الحنابلة في ظاهر المذهب : ينتقل الملك إلى المشتري في بيع الخيار بنفس العقد ، ولا فرق بين كون الخيار لهما ، أو لأحدهما أيها كان . ودليلهم قول النبي ﷺ : « من باع عبداً وله مال ، فماله

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ١٣٣ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ١١٣ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٠٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٦٤ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٤٨ ، المهذب : ١ ص ٢٥٩ .

للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع » وقوله عليه السلام : « من باع نخلا بعد أن تؤبر ، فثمرته للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »[١] فقد جعل الرسول عليه السلام المبيع للمبتاع (أي المشتري) بمجرد اشتراطه ، وهو عام في كل بيع ، ولأنه بيع صحيح ، فنقل الملك عقبه كالذي لاخيار له ، ولأن البيع تمليك بدليل قوله : « ملكتك » فثبت به الملك كسائر البيوع[٢] .

ويترتب على هذا الخلاف بين الفقهاء : الخلاف في حكم تسليم الثمن أو استحقاقه للبائع ، كما أوضحنا عند الحنفية ، فعند الحنابلة : يلزم تسليم الثمن . وعند الحنفية والمالكية : لا يلزم تسليمه . وعند الشافعية : يلزم تسليم الثمن إذا كان الخيار للمشتري ولا يلزم إذا كان الخيار للبائع أو لهما .

---

(١) هذا الحديث رواه الموطأ وأصحاب الكتب عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع » وهناك الفاظ أخرى للحديث (انظر نصب الراية : ٤ ص ٥ ، جامع الأصول : ٢ ص ٣٤ وما بعدها) .

(٢) المغني : ٣ ص ٥٧١ .

المطلب الخامس

كيفية الفسخ والاجازة

الفسخ والاجازة إما بطريق الضرورة أو بطريق القصد والاختيار [١] :

أما الفسخ والاجازة بطريق الضرورة : فيصح من غير وجود الخصم وعلمه ، كمضي مدة الخيار وهلاك المبيع ونقصانه ، كما ذكرنا في طرق إسقاط الخيار .

وأما الفسخ والاجازة بطريق القصد : فقد اتفق الحنفية على أن صاحب الخيار يملك إجازة العقد بغير علم صاحبه ، لأنه كان قد رضي بالبيع ، وتوقف نفاذ البيع على رضا صاحب الخيار ، فاذا رضي نفذ البيع ، علم الآخر أو لم يعلم .

ولكن يشترط الرضا باللسان بأن يقول أجزت هذا العقد أو رضيت به ، فاذا رضي بقلبه فقط ، فانه لا يسقط خياره ، لأن الأحكام الشرعية تتعلق بالأقوال والأفعال الظاهرة الدالة على القلوب .

وأما الفسخ : فانه ينبغي أن يكون باللسان [٢] دون القلب ، فان فسخ بلسانه بعلم صاحبه ، فيصح بالاتفاق بين علماء الحنفية ، سواء رضي

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ١٢٠ .

(٢) يلاحظ أن الاجازة والفسخ كما يكونان قولين بكل لفظ يفيد ذلك كأجزت البيع ونحوه ، يكونان فعلين أيضاً كما لو تصرف المشتري المخير في المبيع تصرفاً يعتمد الملكية كرهن المبيع أو إجارته أو عرضه للبيع فيكون إجازة . ولو فعل البائع ذلك كان فسخاً .

به الطرف الآخر أو أبى . وإن فسخ بغير علم صاحبه فلا يصح عند أبي حنيفة ومحمد ، سواء أكان الخيار للمشتري أو للبائع ، ويكون الفسخ حينئذ موقوفاً : إن علم به صاحبه في مدة الخيار نفذ ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد ، وذلك لأن الفسخ تصرف في حق الغير إذ أن العقد تعلق به حق كل واحد من المتعاقدين ، فلم يملك أحدهما فسخه بغير علم صاحبه ، لما في ذلك من المضرة ، فان كان الخيار للبائع : فربما يتصرف المشتري بالمشترى اعتماداً منه على نفاذ البيع بسبب مضي المدة دون فسخ ، فتلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع ، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ، وفي هذا ضرر .

وإذا كان الخيار للمشتري : فربما لا يطلب البائع لساعته مشترياً آخر اعتماداً على تمام البيع ، وهذا ضرر أيضاً .

وقال أبو يوسف : إن كان الخيار للبائع فلا يشترط علم المشتري بالفسخ ، وإن كان الخيار للمشتري اشترط علم البائع بالفسخ . وفي رواية عنه : أنه لا يشترط علم الطرف الآخر بالفسخ مطلقاً ، لأن الفاسخ مسلط على الفسخ من صاحبه الذي لا خيار له ، فلا يتوقف الفسخ على علمه ، كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل [١] .

ويجري هذا الخلاف في خيار الرؤية ، أما خيار العيب فقد اتفق الحنفية على أن الفسخ يشترط أن يكون بعلم البائع [٢] .

وإذا كان الخيار لرجلين - خيار شرط أو رؤية أو عيب - فلا

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٣ ، فتح القدير والعناية : ٥ ص ١٢٢ ، رد المحتار : ٤ ص ٥٧ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

يملك أحدهما دون الآخر أن ينفرد بالفسخ عند أبي حنيفة ، لأن المبيع خرج عن ملك البائع غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيباً به ، وفي ذلك ضرر

وقال الصاحبان : يصح لأحد الرجلين اللذين ثبت الخيار لهما أن ينفرد بالفسخ ، لأن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما ، فـلا يسقط باسقاط صاحبه ، لما فيه من إبطال حقه [١] .

وعلى هذا : يصح عند أبي حنيفة أن يتفق الرجلان على الاجازة أو الفسخ ، فاذا رد أحدهما ، وأجاز الآخر ، فهو على الخلاف المذكور .

وكذا يجري الخلاف إذا اختارا رد البيع في النصف ، وإجازة البيع في النصف الآخر . هذا هو تفصيل كيفية الفسخ والاجازة عند الحنفية ، وقد خالفهم جمهور العلماء في كيفية الفسخ :

فقال المالكية والشافعية والحنابلة : يصح لصاحب الخيار فسخ البيع في حضور صاحبه وفي غيبته، إذ أن صاحبه لما رضي لأخيه بالخيار ، فكأنه أذن له في الفسخ متى شاء ، فلا يحتاج إلى حضوره (أي علمه) عند الفسخ ، ولأن الفسخ رفع للعقد ، فلا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلم يفتقر إلى حضوره كالطلاق [٢] .

---

(١) المبسوط: ١٣ص ٥٠، البدائع :٥ ص ٢٦٨ .

(٢) المغني : ٣ ص ٥٩١ ، مغني المحتاج : ٢ ص٤٩، الميزان : ٢ ص ٦٤ .

خيـار العيب

هو خيـار ثابت بالشرط دلالة ، لذا ذكرناه عقب خيار الشرط .
وسنتكلم عن خيار العيب في المطالب الآتية :

المطلب الاول — في مشروعية خيار العيب وحكمه .
المطلب الثاني — في العيوب الموجبة للخيار .
المطلب الثالث — في طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار .
المطلب الرابع — مقتضى الخيار وكيفية الرد بالعيب .
المطلب الخامس — موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار .
المطلب السادس — اختلاف الفقهاء في شرط البراءة عن العيب .

المطلب الأول

في مشروعية خيار العيب وحكم العقد

مشروعية خيار العيب : الأصل في مشروعية هذا الخيار أحاديث منها – أن النبي ﷺ قال : « المسلم أخو المسلم ، لايحل لمسلم باع من أخيه بيعاً ، وفيه عيب إلا بينه له »[١] .

ومنها – قوله عليه السلام : « لايحل لاحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه ، ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه »[٢] .

ومنها – أن النبي ﷺ مر برجل يبيع طعاماً ، فأدخل يده فيه ، فاذا هو مبلول ، فقال : من غشنا فليس منا »[٣] .

وقال الكاساني : الأصل في مشروعية هذا الخيار ماروي عن رسول

---

(١) رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني والحاكم والطبراني عن عقبة بن عامر ، قال في الفتح : وإسناده جيد (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ٨٠ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢١١) ورواه البخاري بلفظ آخر (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤٢٠) .

(٢) أخرجه أحمد وابن ماجه والحاكم في المستدرك ، قال في نيل الأوطار : ٥ ص ٢١٢ ، « وفي إسناده أحمد أبو جعفر الرازي وأبو سباع ، والأول مختلف فيه، والثاني قيل : إنه مجهول » .

(٣) نيل الأوطار : ٥ ص ٢١١ وما بعدها وقد روى الحديث مسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي هريرة ، وفي رواية أبي داود « ليس منا من غش » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٤١٩ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٧٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢١٢) .

الله ﷺ أنه قال : « من اشترى شاة محفـَّلة [١] ، فوجدها مصراة [٢] ، فهو بخير النظرين ثلاثة أيام » وفي رواية « فهو بأحد النظرين إلى ثلاثة : إن شاء أمسك ، وإن شاء رد ، ورد معها صاعاً من تمر » [٣] والنظران المذكوران : هما نظر الامساك والرد ، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت ، بل هو بناء الأمر على الغالب المعتاد ، والصاع من التمر كأنه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري .

ويلاحظ أن جمهور الفقهاء يعتبرون تصرية الإبل والغنم تغريراً فعليا في الوصف ، يوجب للمغرور خياراً في إبطال العقد ، ولو لم يصحبه غبن فهو من خيار الوصف [٤] .

حكم البيع :

حكم البيع لشيء معيب : هو ثبوت الملك للمشتري في المبيـع للحال لأن ركن البيـع مطلق عن الشرط ، وإنما يثبت فيـه دلالةً شرط سلامة المبيـع عن العيوب ، فإذا لم يتوفر ذلك تأثر العقد في لزومه ، لا في أصل حكمه ، بخلاف خيار الشرط ، لأن الشرط المنصوص عليه

---

(١) أي بجمع اللبن في ضرعها .

(٢) قال الشافعي : التصرية : هي ربط أخلاف (حلمات) الشاة أو الناقة ، وترك حلبها حتى يجتمع لبنها ، فيكثر ، فيظن المشتري أن ذلك عادتها ، فيزيد في ثمنها لما يرى من كثرة لبنها .

(٣) انظر للمقارنة نيل الأوطـار : ٥ ص ٢١٤ ، جامع الأصول : ١ ص ٤٢٠ وما بعدها ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٠٨ ، الموطأ : ٢ ص ١٧٠ ففي هذا الحديث عـدة روايات رواها البخاري ومسلم وأحمد والموطأ وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة ، وهذه الرواية المذكورة كما يظهر لي هي ملفقة من أكثر من رواية .

(٤) انظر المدخـل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقـاء : ج ١ ص ٣٧٤ الطبعة السابعة .

ورد على أصل الحكم ، فمنع انعقاده بالنسبة للحكم في مدة الخيار [١] .

وصفة حكم البيع لشيء معيب : هو أنه يفيد الملك غير لازم ، لأن سلامة البدلين في عقد المعاوضة مطلوبة عادة ، فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة أي ضمنا ، فكانت كالمشروطة نصاً ، فإذا لم تتحقق صفة السلامة في البدلين ، كان للعاقد الخيار ، فيكون العقد غير لازم [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٣ .

(٢) البدائع ، المرجع نفسه : ص ٢٧٤ .

المطلب الثاني

العيوب الموجبة للخيار

العيب : هو كل ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة ويوجب نقصان الثمن في عرف التجارة نقصاناً فاحشاً أو يسيراً كالعمى والعور والحول [1].

وتعريف العيب عند الشافعية : هو كل ما ينقص العين أو القيمة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا غلب في جنس المبيع عدمه . واحترزوا بالقيد الأخير عن قطع أصبع زائدة أو جزء يسير من الفخذ أو الساق لا يورث شيناً ، ولا يفوت غرضاً ، فلا يرد المبيع به[2]. مثال إنقاص القيمة : جماح الدابة عند ركوبها ، ومثال ما يفوت به غرض صحيح : قطع بعض أذن الشاة المشتراة للأضحية ، فللمشتري ردها .

والفرق بين التعريفين : أن تعريف الحنفية ذو معيار مادي ، وتعريف الشافعية ذو معيار شخصي .

والعيوب نوعان :

أحدهما – ما يوجب نقصان جزء من المبيع أو تغييره من حيث الظاهر دون الباطن . ثانيها – ما يوجب النقصان من حيث المعنى ، دون الصورة .

أما الأول : فكثير نحو العمى ، والعور ، والحَوَل ، والشلل ، والقرع ، والزمانة (أي الأمراض المزمنة) والأصبع الناقصة والسن السوداء والسن الساقطة والسن الشاغية (الزائدة) والظفر الأسود ،

---

(١) فتح القدير والعناية : ٥ ص ١٥١ ، ١٥٣ ، البدائع : ٥ ص ٢٧٤ ، رد المحتار : ٤ ص ٧٤ . والحَوَل : أن تميل إحدى الحدقتين إلى الأنف ، والأخرى إلى الصدغ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٥١ .

والصمم والخرس ، والبكم ، والقروح ، والشجاج ، وأثر الجراح ، والحميات وسائر الأمراض التي تعم البدن [١] .

وأما الثاني — فنحو السعال القديم ، وصهوبة الشعر (أي احمراره) [٢]

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٤ .

(٢) والشَّمَط (بياض الشعر مع سواده ، والشيب في العبيد والجواري، والبَخَر (نتن ريح الفم) عيب في الجواري دون العبيد إلا أن يكون فاحشـاً ، ومثله الزفر (نتن ريح الإبط) وكذا الزنا عيب في الجواري دون العبيد إلا إذا كثر ، لأنه يفسد الفراش ، وقد يقصد ذلك في الإماء بخلاف العبيد .

ومثله كونه ولد الزنا ، فهو عيب في الجواري دون العبيد .

والحبل عيب في الجارية لا في البهائم ، لأنه زيادة في البهيمة .

والنكاح عيب في الجارية والعبد ، لأنه يخل بالاستخدام . والكفر عيب أيضاً في الجارية والعبد ، لأن الطبع السليم ينفر من صحبة الكافر . ومن هذه العيوب : الإباق والسرقة والبول في الفراش ، والجنون ، ولكن يشترط لجواز الرد في الإباق والسرقة والبول في الفراش اتحاد الحالة أي أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر ، أو في حالة الكبر ، لاختلاف سبب وجود هذه الاشياء في حالة الصغر والكبر . ففي حالة الصغر : سبب وجودها : قلة المبالاة وقصور العقل وضعف المثانة . وفي حالة الكبر: سبب وجودها سوء الاختيار وداء باطني ، فعند اتحاد الحالة يتبين وجودها عند البائع ثم عند المشتري ، فإذا اختلفت الحالة لايثبت حق الرد .

أما الجنون : فلا يشترط فيه اتحاد الحالة ، لأن سببه في حالي الصغر والكبر واحد وهو فساد الدماغ ، فإن جن عند البائع وهو صغير ، ثم جن عند المشتري بعد البلوغ ، ثبت حق الرد ، وفي الاباق ونحوه لايثبت حق الرد إلا عند اتحاد الحالة .

إلا أن الأرجح عند مشايخ الحنفية أنه لابد من ثبوت الجنون والإباق ونحوه عند المشتري ليعلم أنها قائمة بعد قبض المبيـع ، ولا يكتفى بثبوت العيب عند البائع كما سيأتي تفصيله .

وقال بعضهم : لايشترط ثبوت الجنون عند المشتري ،لأن الجنون عيب لازم أبداً، إذا ثبت لايزول عادة وهذا غير صحيح لأن المجنون قد يفيق ويزول جنونه بحيث لايعود إليه (انظر البدائع: ٥ص ٢٧٤ -٢٧٦ ،فتح القدير : ٥ ص ١٥٤ - ١٥٥ ومابعدها، رد المحتار : ٤ ص ٧٨) .

المطلب الثالث

طرق إثبات العيب وشروط ثبوت الخيار

شرائط ثبوت الخيار : يشترط لثبوت الخيار شرائط هي [1] :

١ – ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم ، فلو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار .

٢ – ثبوت العيب عند المشتري بعد قبضه المبيع ، ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد في جميع العيوب عند عامة المشايخ .

٣ – وجود العقل عند الصبي في عيوب الاباق والسرقة والبول في الفراش المذكورة في الحاشية السابقة ، فلو أبق العبد أو سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ، ثم وجد ذلك في يد المشتري وهو صغير كذلك ، لا يثبت له حق الرد .

٤ – جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض ، فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له ، لأنه يكون راضياً به دلالة .

٥ – عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع ، فلو شرط فلا خيار للمشتري ، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه .

٦ – أن تكون السلامة من العيب غالبة في مثل المبيع المعيب .

٧ – أن لا يزول ذلك العيب قبل الفسخ .

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٥٣ .

٨ — أن لا يكون العيب طفيفاً مما يمكن إزالته دون مشقة ، كالنجاسة في الثوب الذي لا يضره الغسل .

٩ — عدم اشتراط البراءة من العيب في البيع ، على التفصيل الآتي في آخر البحث .

طرق إثبات العيب :

يختلف طريق إثبات العيب باختلاف العيب ، والعيب أربعة أنواع :

إما عيب ظـاهر مشاهد ، كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الساقطة والعمى والعور ونحوها .

أو عيب باطن خفي لا يعرفه إلا الأطباء .

أو عيب لا يطلع عليه إلا النساء .

أو عيب لا يعرف بالمشاهدة ، وإنما يحتاج إلى التجربة والامتحان عند الخصومة .

١ — **فان كان عيباً مشاهداً** : فلا حاجة لتكليف القاضي للمشتري بإقامة البينة على وجود العيب عنده ، لكونه ثابتاً بالعيان والمشاهدة ، وللمشتري حق خصومه البائع ، بسبب هذا العيب ، وللقاضي حينئذ النظر في الأمر .

فإن كان العيب لا يحدث مثله عادة في يد المشتري كالاصبع الزائدة ونحوها ، فإنه يرد على البائع ، ولا يكلف المشتري بإقامة البينة على على ثبوت العيب عند البائع لتيقن ثبوته عنده الا أن يدعي البائع الرضا به ، والابراء عنه ، فتطلب البينة منه .

فإن أقام البينة عليه قضي بذلك ، وإلا فيستحلف المشتري على دعواه فإن نكل لم يرد المبيع المعيب على البائع وإن حلف رد على البائع .

وأما إن كان العيب مما يجوز أن يحدث مثله في يد المشتري : فيقول القاضي للبائع : « هل حدث هذا عندك ؟ » فإن قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا والابراء . وإن أنكر فقال : « لا » كان القول قوله إلا أن يقيم المشتري البينة ، فإن أقامها ، قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي البائع الرضا والإبراء ، وإن لم يكن له بينة على إثبات العيب عند البائع ، وطلب المشتري يمينه ، فإنه يستحلف بالله بشكل بات قاطع جازم لا على مجرد نفي العلم : « لقد بعته وسلمته ، وما به هذا العيب » لأن هذا أمر لو أقر به لزمه ، فإذا أنكر يحلف ، وإنما يحلف على هذا الوجه بالجمع بين البيع والاستحلاف ، لانه قد يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيثبت للمشتري حق الرد ، فكان الاحتياط هو الجمع بينهما . وهذا ما ذكره محمد في الاصل .

وقال بعض المشايخ : لا احتياط في هذا ، لانه لو استحلف على هذا الوجه ، فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم ، فيكون البائع صادقاً في يمينه ، لان شرط حنثه : وجود العيب عند البيع والتسليم معاً فلا يحنث بوجوده في أحدهما ، فيبطل حق المشتري . والاحتياط للمشتري يتحقق فيما إذا إذا حلف البائع بالله : « ما للمشتري رد السلعة بهذا العيب الذي يدعى » وقال بعضهم : يحلف بالله : « لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعى » قال الكاساني : « وهو صحيح ، لانه يدخل فيه الموجود عند البيع ، والحادث قبل التسليم » .

فإذا حلف بريء ، ولا يرد عليه المبيع ، وإن نكل يرد عليه ويفسخ العقد ، إلا إذا ادعى البائع على المشتري الرضا بالعيب أو الابراء عنه .

وقد صحح بعضهم صيغة اليمين الاولى التي ذكرها محمد بإضمار زيادة

في الكلام ، فتصير الصيغة : « لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب ، لا عند البيع ولا عند التسليم » [١] .

آ ـ وأما إذا كان العيب باطناً خفياً لا يعرفه إلا المختصون : كالاطباء والبياطرة مثل وجع الكبد والطحال ونحوه ، فإنه يثبت لممارسة حق الخصومة بشهادة رجلين مسلمين أو رجل مسلم عدل ، وبعد ذلك يقول القاضي للبائع : « هل حدث عندك العيب المدعى به » فان قال : « نعم » قضى عليه بالرد ، وإن أنكر أقام المشتري البينة ، فإن لم يكن له بينة استحلف البائع على الوجه السابق ذكره في العيب المشاهد فإن حلف : لم يرد عليه ، وإن نكل قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء [٢] .

٣ ـ وإن كان العيب بما لا يطلع عليه إلا النساء : فيرجع القاضي إلى قول النساء ، فيريهن العيب لقوله تعالى : « فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون » ولا يشترط العدد منهن ، بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل ، والثنتان أحوط ، لأن قول المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال حجة في الشرع ، كشهادة القابلة في النسب .

فإذا شهدت المرأة على العيب فهناك روايتان عن كل واحد من الصاحبين :

ففي رواية عن أبي يوسف أنه يفرق بين ما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري :

فإن كان في يد البائع فيثبت العيب بشهادتها ، ويرد المبيع ، ويفسخ البيع ، لأن مالا يطلع عليه الرجال ، فقول المرأة الواحدة بمنزلة البينة .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٩ وما بعدها ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٣٩ وما بعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٩٢ ، مختصر الطحاوي : ص ٨٠ وما بعدها .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٧٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٩٢ .

وإن كان في يد المشتري فيثبت حق الخصومة أي « حق الادعاء » بقولها ، ولا يثبت بالنسبة لحق الرد على البائع ، لان المبيع وجد معيباً في ضمان المشتري ، فلا ينقل الضمان إلى البائع بقول النساء ، ثم يسأل القاضي البائع : « هل كان هذا العيب عندك » كما بينا في صورة العيب الباطن .

وفي رواية أخرى عن أبي يوسف قال : إن كان العيب مما لا يحدث مثله : يفسخ البيع بقول النساء ، لأن العيب قد ثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع بيقين .

وإن كان عيباً يحدث مثله ، لم يثبت حق الفسخ بقولهن ، لأن هذا مما يعلم من جهة غيرهن .

والروايتان عن محمد ما يأتي :

قال في رواية : لا يفسخ البيع بقولهن بحال . وفي رواية : يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ، لأن قولهن فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة كما في النسب .

والحاصل أن شهادة المرأة الواحدة أو الثنتين يثبت بها العيب الذي لا يطلع عليه الرجال بالنسبة لحق إقامة الخصومة لا بالنسبة لحق الرد ، سواء أكان ذلك قبل القبض أو بعده في ظاهر الرواية عن علماء الحنفية الثلاث ، فكان هو المذهب المعتمد [١] .

٤ — وأما العيب الذي ليس بمشاهد عند الخصومة ولا يعرف إلا بالتجربة :

كالإباق والجنون والسرقة والبول على الفراش : فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٩ومابعدها ، رد المحتار : ٤ ص ٩٢ وما بعدها .

فإذا أثبت المشتري حدوث العيب عنده ، فيقول القاضي للبائع : « هل أبق عندك » فإن قال: « نعم » قضى عليه بالرد ، إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء ، وإن أنكر الإباق أصلا ، وادعى اختلاف الحالة في هذا العيب بين الصغر والكبر ، كما أسلفنا بيانه ، يقول القاضي للمشتري: « ألك بينة ؟ » فإن قال : « نعم » وأقام البينة على ما يدعي ، قضى عليه بالرد ، وإن قال : « لا » يستحلف البائع بالله : « ما أبق عندك قط » فإن حلف انقطعت الخصومة بينهما ، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالرد .

وإذا لم يستطع المشتري إثبات العيب عنده ، **هل يستحلف القاضي البائع على ذلك أم لا** ؟

قال الصاحبان : يستحلف ، وقال أبو حنيفة : لا يستحلف .

دليلهما : أن المشتري يدعي حق الرد ولا يمكنه الرد إلا بإثبات العيب عند نفسه ، وطريق الإثبات : إما البينة أو نكول البائع ، فإذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل أي (البائع) فيثبت العيب عند نفسه ، ولهذا يستحلف أي المشتري عند عدم البينة على إثبات العيب عند البائع فكذا هذا . ودليل أبي حنيفة أن الاستحلاف يكون عقب الدعوى على البائع ، ولا دعوى له على البائع إلا بعد ثبوت العيب عند نفسه ، ولم يثبت ، فلم تثبت دعواه على البائع ، فلا يستحلف ، والنكول لا يكون إلا بعد الاستحلاف [١] .

وكيفية استحلاف البائع :

هي أن يحلف على العلم لا على سبيل البت والقطع ، فيقول : « بالله

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٧٩ ، رد المحتار : ٥ ص ٩٢ .

ما يعلم أن هذا العيب موجود في هذا الشيء الآن » والسبب في ذلك : هو أنه يحلف على غير فعله ، ومن حلف على غير فعله ، يحلف على العلم لأنه لا علم له بما ليس بفعله ، أما من حلف على فعله نفسه ، فيحلف على البتات (أي بصيغة البت والجزم) فإن نكل أي البائع عن اليمين ، ثبت العيب عند المشتري ، فيثبت له حق الخصومة ، وإن حلف بريء [١] .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

المطلب الرابع

مقتضى الخيار وكيفية الفسخ والرد بالعيب

مقتضى الخيار : يترتب على ظهور العيب في المبيع أن يكون المشتري مخيراً بين أمرين :

إما أن يمضي العقد ، وفي هذه الحالة يلتزم بأداء الثمن كاملا أو يفسخ العقد ، فيسترد الثمن إن كان قد دفعه ، ويعفى من أدائه إن لم يكن قد أداه ، وعليه أن يرد العين المعيبة إذا كان قد استلمها [1] .

كيفية الفسخ والرد : المبيع لا يخلو من أحد حالين :

١ - إما أن يكون في يد البائع ، فينفسخ البيع بقول المشتري : « رددت » ولا يحتاج إلى قضاء القاضي ، ولا الى التراضي بالاتفاق بين الحنفية والشافعية .

٢ - وإمـــا أن يكون في يد المشتري ، فلا ينفسخ الا بقضاء القاضي أو بالتراضي عند الحنفية ، لأن الفسخ بعد القبض يكون على حسب العقد ، لأنه يرفع العقد ، وبما أن العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ، ومن غير قضاء القاضي ، بخلاف الفسخ قبل القبض ، لأن الصفقة ليست تامة حينئذ ، بل تمامها بالقبض ، فكان بمنزلة القبض .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ١٥١ .

وعند الشافعي : ينفسخ العقد بقوله : « رددت » بغير حاجة الى قضاء ، ولا إلى رضا البائع ، لأن الفسخ لا تفتقر صحته إلى القضاء ، ولا إلى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاتفاق ، وبخيار الرؤية على أصل الحنفية[١].

هل الفسخ بعد العلم بالعيب على الفور أم على التراخي ؟ :

قال الحنفية والحنابلة : خيار الرد بالعيب على التراخي ، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور ، فمتى علم العيب فأخر الرد ، لم يبطل خياره حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ، وإذا أعلن المشتري البائع بالعيب وخاصمه في رد المبيع ، ثم ترك مخاصمته بعد ذلك ، ورجع إليها وطلب الرد ، فإن له ذلك ما لم يمتنع الرد لمانع ، لأنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي كالقصاص ، ولا نسلم دلالة الإمساك على الرضا به[٢].

وقال الشافعية : يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور ، فلو علم ثم أخر رده بلا عذر ؛ سقط حقه في الرد ؛ والمراد بالفور : ما لا يعد تراخياً في العادة ، فلو اشتغل بصلاة دخل وقتها ، أو بأكل أو نحو ذلك ، فلا يكون تراخياً في العادة ، فلا يمنع الرد ، وكذا لو علم بالعيب ، ثم تراخى لعذر كمرض أو خوف لص أو حيوان مفترس أو نحو ذلك ، فإن حقه لا يسقط ، وإنما يكون له حق الرد بعد العلم بالعيب اذا لم يفعل ما يدل على الرضا ، كاستعمال الحيوان ولبس الثوب أو نحوه .

ودليلهم أن الأصل في البيع اللزوم ، وعدم اللزوم عارض ، ولأنه خيار ثبت بالشرع لدفع الضرر عن المال ، فكان فورياً كالشفعة ، فيبطل بالتأخير بغير عذر[٣] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٨١ ، مغني المحتاج : ٢ ص٥٧ ، المهذب: ١ ص ٢٨٤ .
(٢) رد المحتار : ٤ ص ٩٣،المغني : ٤ ص ١٤٤ .
(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٥٦ ، المهذب : ١ ص ٢٧٤ .

المطلب الخامس

موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار

يمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع بأسباب : منها : ما يكون بعد ثبوت التزام البائع بضمان العيب . ومنها : ما لا يكون البائع ملتزماً فيها بضمان العيوب من أول الأمر .

أما ما يكون بعد ثبوت التزام البائع بضمان العيب فهي (١) :

١ً — الرضا بالعيب بعد العلم به : إما صراحة كأن يقول : رضيت بالعيب أو أجزت البيع ، أو دلالة كالتصرف في المبيع تصرفاً يدل على الرضا بالعيب كصبغ الثوب أو قطعه ، أو البناء على الأرض أو طحن الحنطة أو شوي اللحم ، أو بيع الشيء أو هبته أو رهنه ولو بلا تسليم أو استعماله بأي وجه كلبس الثوب وركوب الدابة أو مداواة المبيع ونحو ذلك كما ذكرنا في مبحث خيار الشرط ، أو وصول عوض العيب إليه حقيقة أو اعتباراً كأن يقتله أجنبي وهو في يده خطأ ، فيأخذ قيمته منه .

وذلك لأن حق الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد ضمناً ، ولمـّا رضي المشتري بالعيب بعد العلم به ، دل على أنه ما شرط السلامة ، ولأنه إذا رضي بالعيب فقد رضي بالضرر : وهو إسقاط ضمان العيب الذي يعوض به عن الجزء المعيب ، وفي حالة العوض : إذا حصل التعويض ،

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٨٢ ، ٢٩١ رد المحتار : ٤ ص ٩٤ ، ١٠٣ ، فتح القدير ٥ ص ١٧٧ وما بعدها .

فكأن الجزء المعيب عاد سليماً معنىً ، بقيام بدله ، وهذا في ظاهر الرواية ، لأنه لما وصلت اليه قيمته ، قامت القيمة مقام العين ، فصار كأنه باعه .

٢ — إسقاط الخيار صراحة أو في معنى الصريح : مثل أن يقول المشتري : أسقطت الخيار أو أبطلته ، أو ألزمت البيع أو أوجبته ، وما يجري مجرى ذلك .

وأما ما يمنع الرد دون أن يكون البائع ملتزماً بالضمان من أول الأمر فهو ما يأتي :

١ً — المانع الطبيعي : وهو هلاك المبيع بآفة سماوية ، أو بفعل المبيع ، أو باستعمال المشترى كأكل الطعام ، فيمتنع الرد في هذه الحالات لهلاك المبيع ، ويثبت للمشتري حق الرجوع على البائع بنقصان العيب [١] .

٢ — المانع الشرعي : وهو أن يحدث في المبيع قبل القبض زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كصبغ الثوب والبناء على الأرض ، أو يحدث بعد القبض زيادة متصلة غير متولدة أو زيادة منفصلة متولدة كالولد والثمرة .

وأما بقية أنواع الزيادات فلا تمنع الرد .

وتفصيل ذلك ما يأتي [٢] :

الزيادة في المبيع إما أن تحدث قبل القبض أو بعده ، وكل منها إما متصلة أو منفصلة .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٨٢ ، رد المحتار : ٤ ص ٨٦ ، ٩٩ عقد البيع للاستاذ الزرقاء : ص ١١٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٥٤ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٨٤ وما بعدها ، التقريرات على رد المحتار : ٤ ص ٨٥ ، ٩٨ ، عقد البيع المرجع المذكور : ص ١١١ .

آ - فالزيادة الحادثة قبل القبض :

١ - إذا كانت متصلة :

فإما أن تكون متولدة من الأصل كالحسن والجمال والكبر والسمن ونحو ذلك ، فلا تمنع الرد ، لأنها تابعة للأصل حقيقة .

أو تكون غير متولدة كصبغ الثوب أو خياطته ، وكالبناء أو الغرس على الأرض ، فتمنع الرد ، لأنها أصل قام بنفسها ، وليست تابعة ، فلا يرد المبيع بدونها ، لتعذر الرد ، ولا يرد معها ، لأنها ليست تابعة في البيع فلا تتبع في الفسخ .

٢ - وإن كانت منفصلة :

فإما أن تكون أيضاً متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن ، فلا تمنع الرد فإن شاء المشتري ردهما جميعاً ، وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن .

أو تكون غير متولدة : كالكسب والصدقة والغلة ، فلا تمنع الرد لأنها ليست بمبيعة ، وإنما هي مملوكة بملك الأصل .

ب - وأما الزيادة الحادثة في المبيع بعد القبض: (أي عند المشتري) :

١ - إن كانت زيادة متصلة .

فإن كانت متولدة من الأصل كسمن الدابة ، فلا تمنع الرد عند الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية [١] ويبقى حكم العيب معها على موجبه الأصلي : فإن رضي المشتري أن يردها مع الأصل ردها ، وإن أبى وأراد أن يأخذ نقصان العيب ، وأبى البائع إلا الرد ودفع جميع الثمن ، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ليس للبائع أن يأبى وللمشتري أخذ نقصان العيب

---

(١) مغني المحتاج : ٢ص ٦١، المغني: ٤ ص ١١٤، حاشية الدسوقي : ٣ص ١٢٧.

منه ، لأن الزيادة المتصلة بعد القبض تمنع الفسخ عندهما إذا لم يوجد الرضا من صاحب الزيادة .

وقال محمد : له أن يأبى ذلك .

وليس للمشتري أن يرجع بالنقصان عليه (أي على البائع) لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ ، وأصل الخلاف راجع إلى حكم الزيادة المتصلة بالمهر بعد القبض إذا طلق الزوج امرأته قبل الدخول .

وإن كانت غير متولدة : فإنها تمنع الرد بالاتفاق ، لأن هذه الزيادة ملك للمشتري ، فلا يحق للبائع عندئذ أخذها بلا مقابل ، ويتعين الرجوع بنقصان العيب .

٢ — وان كانت زيادة منفصلة : فإن كان متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن ، فإنها تمنع الرد عند الحنفية ، لأنها لو رد الأصل دونها تبقى للمشتري بلا مقابل ، وهو ممنوع شرعاً ، لأنه ربا .

وقال الشافعية والحنابلة : لاتمنع هـذه الزيادة الرد ، وهي للمشتري بعد القبض ، لأنها حدثت في ملك المشتري ، فـلا تمنع الرد ، كالزيادة غير المتولدة ، ولما روي « أن رجلا ابتاع من آخر غلاماً ، فأقام عنده ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً ، فخاصمه إلى النبي ﷺ ، فرده عليه ، فقال : يارسول الله ، قد استغل غلامي ! فقال : الخراج بالضمان »[١] ومعناه أن فوائد المبيع للمشتري في مقابلة أنه لو تلف كان من ضمانه ، وقيس الثمن على المبيع .

---

(١) رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه عن عائشة رضي الله عنها ، وهذه رواية أبي داود. ومعنى الخراج بالضمان أي الغنم بالغرم إذ أن الخراج هو الدخل والمنفعة : أي يملك المشتري الخراج الحاصل من المبيع بضمان الأصل الذي عليه أي بسببه ، فالباء للسببية (انظر جامع الأصول : ٢ ص ٢٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢١٣) .

وإن كانت الزيادة غير متولدة كالكسب والصدقة ، لم يمتنع الرد ، ويرد الأصل على البائع ، والزيادة للمشتري طيبة له ، لأن هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلاً ، فأمكن فسخ العقد بدون الزيادة .

٣ ـ المانع بسبب حق البائع : وهو حدوث عيب جديد عند المشتري بعد ماقبضه ، إذا كان المبيع معيباً بعيب قديم عند البائع ، كأن انكسرت يد الدابة المبيعة عند المشتري ، وظهر فيها مرض قديم كان عند البائع ، وذلك لأن المبيع خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد ، فلو رد يرد بعيبين ، فيتضرر البائع . وشرط الرد أن يرد على الوجه الذي أخذ ، وإنما يكون للمشتري أن يرجع على بائعه بالنقصان . ولو زال العيب الحادث ، كما لو شفيت الدابة المريضة ، عاد الموجب الأصلي : وهو حق الرد [١] .

٤ ـ المانع بسبب حق الغير : وذلك كما لو أخرج المشتري المبيع عن ملكه بعقد من عقود التمليك كبيع أو هبة أو صلح ، ثم اطلع على أنه كان معيباً بعيب قديم ، فلا يمكن المشتري الأول أن يفسخ البيع بينه وبين بائعه ، لأنه قد تعلق بالمبيع حق مالك جديد ، أنشأه المشتري نفسه [٢] .

٥ ـ اتلاف المشتري للمبيع :

وذلك كما لو كان المبيع دابة فقتلها ، أو ثوباً فمزقه ونحو هذا ، ثم علم بوجود العيب القديم فيه ، فيستقر عليه الثمن المسمى نهائياً دون رجوع

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٨٣ ، رد المحتار : ٤ ص ٨٢ ، ١٠١ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ١١١ .

(٢) عقد البيع ، المرجع السابق .

بنقصان . والفرق بين هذا العيب وبين المانع بسبب حق الغير : أنه في الحالة الثانية يحتمل زوال المانع ، فيعود حق الرد ، وفي الحالة الأولى لا يحتمل زواله [١] .

ويلاحظ أن الكلام في هذه الموانع التي ذكرناها فيما إذا كان المشتري عاقداً لنفسه ، فان كان عاقداً لغيره ففيه تفصيل :

إن كان العاقد لغيره ممن يجوز أن تلزمه الخصومة (أي الادعاء) في الرجوع بنقصان العيب كالوكيل ، والشريك ، والمضارب ، فتلزمه الخصومة ، ويقوم برد المبيع المعيب على البائع ، لأن الرد بالعيب من حقوق العقد ، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد إذا كان ممن يَلزمه الخصومة كالعاقد لنفسه ، فما قضي به على العاقد — إن كان وكيلاً بالبيع — رجع به على من وقع له العقد ، لكونه قائماً مقامه [٢] .

وإن كان العاقد ممن لا تلزمه الخصومة كالقاضي والامام إذا عقدا عقداً بحكم الولاية ، فإنه ينصب خصماً يخاصم في ذلك ، فما قضي به عليه ، رجع في مال من وقع التصرف له ، وإن كان التصرف للمسلمين رجع في بيت مالهم .

وأما العاقد : إن كان صبياً محجوراً ، فباع أو اشترى بإذن إنسان ، فلا تلزمه الخصومة ، ولا ضمان عليه ، وإنما الخصومة على من وكله في ذلك التصرف ، لأن حكم العقد وقع للموكل ، والعاقد ليس من أهل لزوم العهدة (أي حقوق العقد) فيقتصر دوره على مباشرة التصرف لا غير ، كالرسول والوكيل في عقد النكاح .

---

(١) عقد البيع : ص ١١٢ وما بعدها .

(٢) رد المحتار : ٤ ص ٨٩ .

المطلب السادس

آراء الفقهاء في شرط البراءة عن العيوب

اختلف الفقهاء فيما إذا شرط البائع براءته من ضمان العيب (أي عدم مسئوليته عما يمكن أن يظهر من عيوب في المبيع) ، فرضي المشتري بهذا الشرط ، اعتماداً على السلامة الظاهرة ثم ظهر في المبيع عيب قديم [1] .

فقال الحنفية : يصح البيع بشرط البراءة من كل عيب [2] وإن لم تعين العيوب بتعداد أسمائها ، سواء أكان جاهلاً وجود العيب في مبيعه فاشترط هذا الشرط احتياطاً ، أو كان عالماً بعيب المبيع ، فكتمه عن المشتري ، واشترط البراءة من ضمان العيب ليحمي بهذا الشرط سوء نيته ، فيصح البيع ، لأن الإبراء إسقاط ، لاتمليك ، والإسقاط لاتفضي الجهالة فيه إلى المنازعة ، لعدم الحاجة إلى التسليم . ويشمل هذا الشرط كل عيب موجود قبل البيع أو حادث بعده قبل القبض ، فلا يرد المبيع بالعيب حينئذ . وهذا في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن غرض البائع إلزام العقد بإسقاط المشتري حقه في وصف سلامة

---

(١) المدخل الفقهي العام : ص ٣٧٧ ،عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١٠٧ .

(٢) وللناس عبارات مختلفة في شرط البراءة عن العيوب مثل بيع الشيء على أنه حاضر حلال ، أو على أنه مكسر محطم ، أو كوم تراب أو عظام ، أولا يصلح لشيء أو لأجل الطرح. وفي بيع الدابة يقولون :على أنها لحم : أي لاينتفع من حياتها بعمل (عقد البيع : ص ١١٧) .

المبيع ، ليلزم البيع على كل حال ، ولا يتحقق هذا الغرض إلا بشمول العيب الحادث قبل التسليم ، فكان داخلاً ضمناً .

وقال محمد وزفر والحسن بن زياد ومالك والشافعي ، وهو المعمول به في قانوننا المدني : يشمل شرط البراءة العيب الموجود عند العقد فقط ، لا الحادث بعد العقد وقبل القبض ، لأن البراءة تتناول الشيء الثابت الموجود ، لأن الإبراء عن المعدوم لايتصور ، والحادث لم يكن موجوداً عند البيع ، فلا يدخل تحت الابراء[١] .

وهذا الخلاف فيما إذا قال : « أبرأتك عن كل عيب مطلقاً » فأما إذا قال : « أبيعك على أني بريء من كل عيب به » لم يدخل في ذلك العيب الحادث بالاتفاق ، لأنه لم يعم البراءة ، وإنما خصها بالموجود عند العقد .

وبناء على قول محمد وزفر والحسن : إذا كانت البراءة من العيوب عامة فاختلف البائع والمشتري في وجود عيب ، فقال البائع : كان موجوداً عند العقد ، فدخل تحت البراءة ، وقال المشتري : بل هو حادث لم يدخل تحت البراءة : فقال محمد : القول قول البائع ، مع يمينه ، لأن البراءة عامة والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب ، والبائع ينكر ذلك ، فكان القول قوله .

وقال زفر والحسن : القول قول المشتري لأن الأصل هو ثبوت الحق، والمشتري هو المبرىء ، فيكون القول قوله في مقدار البراءة[٢] .

ويشمل هذا الشرط أيضاً : كل عيب من العيوب الظاهرة والباطنة ، لأن اسم العيب يقع على الكل .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٧ ، فتح القدير : ٥ ص ١٨٢ ، رد المحتار : ٤ص ١٠٠ .
(٢) البدائع : ٥ ص ٢٧٧ .

فإذا قال : « أبرأتك عن كل داء » فيقع على كل عيب ظاهر ، دون الباطن من طحال ونحوه عند أبي يوسف . وروي عن أبي حنيفة أنه يقع على كل عيب باطن ، وأما العيب الظاهر فيسمى مرضاً .

وقد رجح بعضهم الرأي الثاني اعتماداً على ما هو المعروف في العادة ، إلا أن المشهور في المذهب هو الأول أي على كل مرض ، لأن الداء في اللغة هو المرض ، سواء أكان بالجوف أو بغيره ، والعرف الآن موافق للغة [١] .

ولو أبرأ البائع عن كل غائلة [٢] فيقع على السرقة والاباق والفجور ، وكل مايعد عيباً عند التجار [٣] .

وإذا خصص الابراء عن بعض العيوب لم يشمل غيرها ، كأن يبرىء من القروح أو الكي أو نحو ذلك ، لأنه أسقط حقه من نوع خاص [٤] .

فإذا كانت البراءة خاصة بعيب موجود عند العقد سماه المشتري ، ثم اختلف المتعاقدان ، فقال البائع : « كان بها » وقال المشتري : « حدث قبل القبض » فقال محمد : القول قول المشتري لأن هذه البراءة خاصة بحال العقد ، لاتتناول إلا الموجود حالة العقد ، والمشتري يدعي العيب لأقرب الوقتين ، والبائع يدعيه لأبعدهما ، فكان الظاهر شاهداً للمشتري [٥] .

هذا هو مذهب الحنفية في شرط البراءة عن العيوب عموماً .

وأما مذاهب غيرهم من حيث العلم بالعيب والجهل به فهي مايلي :

---

(١) رد المحتار : ٤ ص ١٠٠ ، البدائع : ٥ ص ٢٧٨ .

(٢) الغائلة : الفجور أي(الزنا) ، والاباق ، والسرقة ، ونحو ذلك .

(٣) البدائع : ٥ ص ٢٧٨ ، رد المحتار ، المرجع السابق .

(٤) البدائع : ٥ ص ٢٧٧ .

(٥) البدائع : ٥ ص ٢٧٨ .

قال المالكية : إن شرط البراءة عن العيوب يصح في كل عيب لايعلم به البائع ، أما مايعلم به فلا تصح البراءة عنه [١] .

وقال الشافعية : لو باع بشرط براءته من العيوب ، فالأظهر أنه يبرأ عن كل عيب باطن بالحيوان خاصة ، إذا لم يعلمه البائع ، ولايبرأ عن عيب بغير الحيوان ، كالثياب والعقار مطلقاً ، ولا عن عيب ظاهر بالحيوان ، علمه ، أم لا ، ولا عن عيب باطن بالحيوان كان قد علمه . والمراد بالباطن : مالا يطلع عليه غالباً .

وينصرف الابراء إلى العيب الموجود عند العقد ، لا الذي حدث قبل القبض . ولو اختلف المتعاقدان في قدم العيب فيصدق البائع .

ولو شرط البائع البراءة عما يحدث من العيوب قبل القبض ولو مع الموجود منها ، لم يصح الشرط فى الأصح ، لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته ، كما لو أبرأ عن ثمن ما يبيعه له [٢] .

وأما **الحنابلة** فعندهم روايتان عن أحمد : رواية تقرر أنه لايبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب ، ورواية كالمالكية : تقرر أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه .

واختار ابن قدامة أن من باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم [٣] .

---

(١) حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٢٣ ، القوانين الفقهية : ص ٢٥٦ .
(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٥٣ .
(٣) المغني : ٤ ص ١٧٨ .

خيار الرؤية

يذكر بعض المؤلفين هذا الخيار قبل خيار العيب ، لكونه أقوى منه ، لأنه يمنع تمام البيع ، أما خيار العيب فيمنع لزوم الحكم ، واللزوم بعد التمام . ونحن قد خالفنا ذلك لتشابه خيار الشرط وخيار العيب ، كما أشرنا سابقاً ، ثم إن خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار التعيين ثبتت باشتراط المتعاقدين ، أما خيار الرؤية فقد ثبت من ناحية الشرع .

خطة الموضوع :

ونتكلم في هذا الخيار وفقاً للمطالب الآتية :

المطلب الأول : مشروعية خيار الرؤية .

المطلب الثاني : وقت ثبوت الخيار .

المطلب الثالث : كيفية ثبوت الخيار .

المطلب الرابع : صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه .

المطلب الخامس : شرائط ثبوت الخيار ، وتوابعها .

المطلب السادس : مسقطات الخيار .

المطلب السابع : ما ينفسخ به العقد وشروط الفسخ .

المطلب الأول

مشروعية خيار الرؤية

أجاز الحنفية خيار الرؤية في شراء مالم يره المشتري وله الخيار إذا رآه : إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن شاء رده ، وكذا إذا قال : رضيت ، ثم رآه : له أن يرده ، لأن الخيار معلق بالرؤية ، كما في الحديث الآتي ، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لايتحقق فلا يعتبر قوله : « رضيت » قبل الرؤية بخلاف قوله : « رددت » .

وقد استدلوا على خيار الرؤية بقوله عليه السلام فيما يرويه أبو هريرة وابن عباس رضي الله عنهما : « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » (١) .

واستدلوا أيضاً بما روي أن سيدنا عثمان بن عفان رضي الله عنه باع أرضاً له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ، ولم يكونا رأياها ، فقيل لسيدنا عثمان : « غبنت » ، فقال : « لي الخيار ، لأني اشتريت ما لم أره » فحكما في ذلك جبير بن مطعم ، فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه .

وكان ذلك بحضر من الصحابة رضي الله عنهم (٢) ، ولم ينكر عليه

---

(١) روي مسنداً ومرسلاً ، فالمسند عن أبي هريرة ، والمرسل عن مكحول رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، نقل النووي اتفاق الحفاظ على تضعيفه . وقد سبق تخريجه في بيع العين الغائبة .

(٢) أخرجه الطحاوي والبيهقي عن علقمة بن أبي وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالاً ... الحديث (انظر نصب الراية : ٤ ص ٩) .

أحد منهم ، فكان إجماعاً منهم على شرعية هذا الخيار .

واستدلوا أيضاً بالمعقول : وهو أن جهالة الوصف تؤثر في الرضا ، فتوجب خللا فيه ، واختلال الرضا في البيع بوجب الخيار .

وبناء على هذا ، أجازوا بيع العين الغائبة من غير صفة ، ويثبت للمشتري حينئذ خيار الرؤية ، أو بصفة مرغوبة ، ويثبت له خيار الوصف ، كما سبقت الاشارة إليه ، فإذا رأى المشتري المبيع ، كان له الخيار فإن شاء أنفذ البيع ، وإن شاء رده ، سواء أكان موافقاً للصفة أم لا ، فيثبت الخيار بكل حال .

ولم يجز الحنفية خيار الرؤية للبائع إذا باع مالم يره كما إذا ورث عيناً من الأعيان في بلد غير الذي هو فيه ، فباعها قبل الرؤية ، صح البيع ، ولا خيار له عندهم . وقد رجع أبو حنيفة عما كان يقول أولاً من أن له الخيار ، كما للمشتري ، وكما هو الأمر في خيار الشرط وخيار العيب [١] .

والتفرقة بين البائع والمشتري في هذا أمر معقول ، لأن البائع يعرف ما يبيعه أكثر من المشتري ، فلا ضرورة لثبوت الخيار له ، وعليه أن يثبت قبل البيع ، حتى لايقع عليه غبن يطلب من أجله فسخ العقد[٢].

وأجاز المالكية فقط خيار الوصف للمشتري ، فقالوا : يجوز بيع الغائب على الصفة إذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه صفته قبل القبض ، فإذا جاء على الصفة ، صار العقد لازماً[٣] .

---

(١) المبسوط : ١٣ص٦٩ وما بعدها ، فتح القدير مع العناية: ٥ ص ١٣٧ - ١٤٠ ، البدائع : ٥ ص ٢٩٢ ، رد المحتار : ٤ ص ٦٨ .

(٢) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٨١ .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ١٥٤ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ١٤٣ .

وكذا الحنابلة أجازوا كالمالكية خيار الوصف فقط فقالوا : يجوز بيع الغائب إذا وصف للمشتري ، فذكر له من صفاته ما يكفي في صحة السلم ، لأنه بيع بالصفة ، فصح كالسلم . وتحصل بالصفة معرفة المبيع ، لأن معرفته تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً ، وهذا يكفي كما يكفي في السلم ، ولا يعتبر في الرؤية الاطلاع على الصفات الخفية ، ومتى وجده المشتري على الصفة المذكورة صار العقد لازماً ، ولم يكن له الفسخ .

ولم يجيزوا في أظهر الروايتين بيع الغائب الذي لم يوصف ولم تتقدم رؤيته ، لأن النبي ﷺ « نهى عن بيع الغرر »[١] ولأنه باع مالم يره ولم يوصف له ، فلم يصح ، كبيع النوى في التمر .

وأما حديث خيار الرؤية فهو مروي عن عمر بن ابراهيم الكردي ، وهو متروك الحديث ، ويحتمل أنه يراد بالحديث : أنه بالخيار بين العقد عليه وتركه[٢] .

وقال الشافعي في المذهب الجديد : لا ينعقد بيع الغائب أصلاً ، سواء أكان بالصفة ، أو بغير الصفة ، لحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ « نهى عن بيع الغرر » وفي هذا البيع غرر ، وبما أنه من أنواع البيوع ، فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع كالسلم ، ثم إنه داخل تحت النهي عن بيع ماليس عند الانسان أي ماليس بحاضر أو مرئي للمشتري . وأما حديث « من اشترى مالم يره فهو بالخيار إذا رآه » فهو حديث ضعيف كما قال البيهقي ، وقال الدارقطني عنه : « إنه باطل » .

---

(١) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة عن أبي هريرة ورواه أيضاً الطبراني في الكبير عن ابن عباس ، وفي الأوسط عن ابن عمر وسهل بن سعد (وقد سبق تخريجه) .
(٢) المغني : ٣ ص ٥٨٠ وما بعدها .

وبناء على الأظهر من اشتراط رؤية المبيع قالوا : تكفي رؤية المبيع قبل العقد فيما لايتغير غالباً إلى وقت العقد كالأرض والحديد ، دون مايتغير غالباً كالأطعمة ، وتكفي رؤية بعض المبيع إن دل على باقيه ، كظاهر الصبرة من حنطة ونحوها ، وجوز ونحوه ، وأدقة (جمع دقيق) وكأعالي المائعات في أوعيتها كالدهن ، وأعلى التمر في قوصرته (وعاء من قصب يجعل فيه التمر ونحوه) والطعام في آنيته ، وكأنموذج المتماثل أي (المتساوي الأجزاء) كالحبوب ، فإن رؤيته تكفي عن رؤية باقي المبيع [١] .

ورد الحنفية على حجج غيرهم بأن جهالة المبيع غير المرئي لاتؤدي للنزاع مطلقاً مادام للمشتري أن يرد المبيع إذا لم يره محققاً لرغبته ويفسخ العقد .

وحديث النهي عن بيع ماليس عند الانسان [٢] : معناه النهي عن بيع مالا يملك . والنهي عن بيع الغرر ينصرف إلى مالا يكون معلوم العين [٣] .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ١٨ ومابعدها ، المهذب : ١ ص ٢٦٣ .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن وحسنه الترمذي ، وقد سبق تخريجه مختصراً .

(٣) المبسوط: ١٣ ص ٦٩ ومابعدها .

المطلب الثاني

وقت ثبوت الخيار

يثبت الخيار للمشتري عند رؤية المبيع ، لا قبلها فلو أجاز البيع قبل الرؤية : لايلزم البيع ، ولا يسقط الخيار ، وله أن يرد المبيع ، لأن النبي ﷺ أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية ، فلو ثبت له خيار الاجازة قبل الرؤية ، وأجاز ، لم يثبت له الخيار بعد الرؤية ، وهذا خلاف نص الحديث .

وأما الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه :

قال بعضهم : لايملك المشتري الفسخ ، لأنه خيار قبل الرؤية ، ولهذا لم يملك الاجازة قبل الرؤية ، فلا يملك الفسخ .

وقال بعضهم : يملك الفسخ وهو الصحيح ، لا لسبب الخيار ، لأنه غير ثابت ، ولكن لأن شراء مالم يره المشتري عقد غير لازم ، فكان محل الفسخ ، كالعقد الذي فيه خيار العيب ، وعقد الاعارة والايداع [1] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٥ .

المطلب الثالث

كيفية ثبوت الخيار

اختلف مشايخ الحنفية في ذلك :

فقال بعضهم : إن خيار الرؤية يثبت مطلقاً في جميع العمر ، إلا إذا وجد مايسقطه ، كما سيأتي في بيان المسقطات ، وهو اختيار الكرخي ، والأصح عند الحنفية ، لأنه خيار تعلق بالاطلاع على حــال المبيع ، فأشبه الرد بالعيب ، ولأن سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا ، والحكم يبقى ما بقي سببه .

وقال بعضهم : إنه يثبت مؤقتاً إلى غاية إمكان الفسخ بعد الرؤية ، حتى لو رآه وتمكن من الفسخ بعد الرؤية ، ولم يفسخ ، يسقط خيار الرؤية ، وإن لم توجد الأسباب المسقطة للخيار[1] الآتي ذكرها إن شاء الله تعالى .

(١) فتح القدير : ٥ ص ١٤١ ، البدائع : ٥ ص ٢٩٥ ، رد المحتار : ٤ ص ٦٧ .

المطلب الرابع

صفة البيع الذي فيه خيار رؤية وحكمه

صفة البيع : إن شراء مالم يره المشتري غير لازم ، فيخير المشتري بين الفسخ والاجازة إذا رأى المبيع ، لأن عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة ، ولأن جهالة وصف المبيع يؤثر في رضا المشتري ، فيوجب الخيار له ، تداركاً لما عساه يندم من أجله .

حكم البيع : وأما حكم البيع فهو حكم العقد الذي لاخيار فيه ، فلا يمنع ثبوت الملك في البدلين أي أنه في البيع تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وملكية الثمن للبائع فور تمام العقد بالايجاب والقبول ، ولكن يمنع لزوم العقد ، بخلاف خيار الشرط .

وسبب التفرقة بين الخيارين : هو أن البيع في خيار الرؤية صدر مطلقاً غير مقيد بأي شرط ، وكان المفهوم أن يكون لازماً ، إلا أن الرد بخيار الرؤية ثبت من جهة الشرع ، أما خيار الشرط فقد ثبت باشتراط المتعاقدين ، فكان لذلك أثره في العقد يمنع استقرار حكمه في الحال ، كما سبق بيانه [1] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٢ .

المطلب الخامس

شرائط ثبوت الخيار

يشترط لثبوت الخيار شروط ، وإلا كان العقد لازماً ، منها :

١ ـ أن يكون محل العقد مما يتعين بالتعيين ، أي أن يكون عيناً من الأعيان ، فإذا لم يكن عيناً لايثبت فيه الخيار ، حتى لو كان البيع مقايضة عيناً بعين يثبت الخيار لكل من البائع والمشتري إذا لم ير كل منهما البيع قبل العقد [1] .

وفي بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف : لايثبت الخيار لكل من البائع والمشتري ، لأنه لافائدة فيه ، كما سنبين .

وفي بيع العين بالدين : يثبت الخيار للمشتري ولا خيار للبائع .

والسبب في ذلك أن موضوع العقد إذا لم يكن معيناً لايصيرمعيناً للفسخ بموجب الخيار ، فلم يكن الرد مفيداً ، ولأن ما لا يتعين بالتعيين لايملك بالعقد ، بل بالقبض ، والفسخ إنما يكون فيما يملك بالعقد ، ولأن الحق إذا كان عيناً فللناس أغراض في الأعيان ، فكان ثبوت الخيار فيه لينظر المشتري في المبيع : هل يصلح له أم لا ؟

وبناء عليه ، يكون خيار الرؤية في العقود التي تحتمل الفسخ ، كالبيع والاجارة والصلح عن دعوى المال ، والقسمة ، ونحو ذلك ، لأن هذه العقود تنفسخ برد هذه الأشياء ، فيثبت فيها خيار الرؤية ، ولا يثبت فيما لايحتمل الفسخ ، كالمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ،

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

وتحو ذلك ، لأن هـذه العقود لاتحتمل الانفساخ برد هـذه الأموال ، « فصار الأصل : أن كل ماينفسخ العقد فيه برده ، يثبت خيار الرؤية فيه ، وما لا فلا » كما يقول الكاساني [١] .

٢ — عدم رؤية محل العقد : فإن كان رآه قبل الشراء لا يثبت له الخيار ، إذا كان لا يزال على حالته التي رآه فيها ، وإلا كان له الخيار لتغيره ، فكان مشترياً شيئاً لم يره [٢] .

كيفية تحقيق الرؤية :

الرؤية قد تكون لجميع المبيع ، وقد تكون لبعضه ، والضابط في ذلك : أنه يكفي رؤية ما يدل على المقصود ، ويفيد المعرفة به [٣] .

وتفصيل ذلك : أنه إذا كان غير المرئي تبعاً للمرئي ، فلا خيار له سواء أكان رؤية ماراه تفيد له العلم بحال مالم يره ، أو لا تفيد ، لأن حكم التبع حكم الأصل .

وإن لم يكن غير المرئي تبعاً للمرئي : فإن كان مقصوداً بنفسه كالمرئي ، ينظر في ذلك :

إن كان رؤية ما رأى تعرف حال غير المرئي ، فإنه لا خيار له أصلا في غير المرئي إذا كان غير المرئي مثل المرئي ، أو فوقـه ، لأن المقصود العلم بحال الباقي ، فكأنه رأى الكل .

وإن كان رؤية ما رأى لم تعرف حال غير المرئي ، فله الخيار فيما لم يره ، لأن المقصود لم يحصل برؤية ما رأى ، فكأنه لم ير شيئاً أصلاً .

---

(١) البدائع ، المرجع السابق .

(٢) المبسوط : ١٣ ص ٧٢ ، البدائع ، المرجع السابق : ص ٢٩٢ — ٢٩٣ .

(٣) البدائع : ٥ ص ٢٩٣ ، رد المحتار : ٤ ص ٦٨ .

وبناء على ذلك : تكفي رؤية ظاهر الكومة من الحبوب ، ووجه الدابه وكَفَلها (أي عجزها) في الأصح ، وهو قول أبي يوسف . واكتفى محمد برؤية الوجه وظاهر الثوب وهو مطوي . وقال زفر : لا بد من نشره كله ، وهو المختار . كما في أكثر معتبرات كتب الحنفية . وعقب على ذلك ابن عابدين بقوله : لو لم يختلف باطن الثوب عن ظاهره سقط الخيار إلا اذا ظهر باطنه أردأ من ظاهره ، فله الخيار [١] .

وفي شراء الشاة للحم لا بد من الجس حتى يعرف سمنها ، حتى لو رآها من بعيد ، فهو على خياره ، لأن اللحم مقصود من شاة اللحم ، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذا المقصود ، وإن اشتراها للدر والنسل فلا بد من رؤية سائر جسدها ، ومن النظر إلى ضرعها أيضاً ، لأن الضرع مقصود من الشاة الحلوب ، والشياه تختلف باختلاف الضرع ، والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بالمقصود ، كما قلنا [١] .

وأما البسط والطنافس : فان كان مما يختلف وجهه وظهره ، فرأى وجهه دون ظهره لا خيار له ، وإن رأى ظهره دون الوجه فله الخيار .

وأما الدور والعقارات والبساتين ، فإن رأى ظاهر الدار وداخلها ورأى خارج البستان ورؤوس الأشجار فلا خيار له ، ولا يكتفي برؤية صحن الدار ، دون الدخول إلى بيوتها في الأصح ، لتفاوت الدور .

وقد كان أئمة الحنفية ما عدا زفر يرون الاكتفاء برؤية ظاهر الدار وبرؤية صحنها ، إلا أن ذلك لا يكفي الآن ، فيكون الحكم متغيراً من باب اختلاف العصر والزمان ، لا اختلاف الحجة والبرهان [٣] .

---

(١) المبسوط : ١٣ ص ٧٢ ، البدائع: ٥ ص٢٩٣ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ص ١٤٢ ومابعدها ، رد المحتار: ٤ ص ٦٩ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق ، رد المحتار: ٤ ص ٧٠ ، فتح القدير :٥ص ١٤٣ .

(٣) البدائع : ٥ ص ٢٩٤، رد المحتار : ٤ ص ٧٠ ، فتح القدير : ٥ص ١٤٤ .

هذا إذا كان المعقود عليه شيئاً واحداً ، فإذا كان أشياء :

فإن كان من العدديات المتفاوتـه كالدواب والثياب ، كأن اشترى ثياباً في جراب أو قطيـع غنم أو إبلًا أو بقراً ، وكالبطيـخ في الشريجة [١] والرمان والسفرجل في القفة ، ونحوها ، فرأى بعضها ، فله الخيار في الباقي لأن الكل مقصود ، ورؤية ما رأى لا تعرّف حال الباقي ، لأنها متفاوتة .

وإن كان من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ، فإن رؤيـة البعض تسقط الخيار في الباقي إذا كان ما لم ير مثل الذي رأى ، لأن رؤية البعض من هذه الاشياء تعرف حال الباقي .

هذا إذا كان المبيع كله في وعاء واحد ، فان كان في وعاءين : فإن كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف ، لأن رؤية البعض من جنس أو على وصف لا تفيد العلم بغيره .

وإن كان الكل من جنس واحـد أو على صفة واحدة ، اختلف المشايـخ فيه :

قال مشايـخ بلخ : له الخيار لأن اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين . وقال مشايـخ العراق : لا خيار له ، وهو الصحيـح ، لأن رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي ، سواء أكان المبيـع في وعاء واحـد أو في وعاءين [٢] .

وإن كان المبيـع مغيباً في الأرض : لا في الوعاء ، كالجزر والبصل والثوم ، والفجل ، والبطاطـا ففي ذلك تفصيل مروي عن أبي يوسف رحمه الله .

---

(١) الشريجة : جوالق كالخرج ، ينسج من سعف النخل ونحوه .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٩٤ .

آ - إذا كان الشيء مما يكال أو يوزن بعد القلع ، كالثوم والبصل والجزر : فإن قلع المشتري شيئاً بإذن البائع ، أو قلع البائع برضا المشتري ، سقط خياره في الباقي ، لأن رؤية بعض المكيل كرؤية الكل .

وإن حصل القلع من المشتري بغير إذن البائع ، لم يكن له الخيار سواء رضي بالمقلوع ، أو لم يرض إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة عند الناس لأنه بالقلع صار معيباً ، وإلا لاستمر في نموه وازدياده ، وبعد القلع لا ينمو ولا يزيد ، ويتسارع إليه الفساد . وحدوث العيب في المبيع في يد المشتري ، بغير صنعه ، يمنع الرد ، فمع صنعه أولى .

ب — وإن كان المغيب في الأرض مما يباع عدداً ، كالفجل والجزر ونحوهما فرؤية البعض لا تكون كرؤية الكل ، لأن هذا كالعدديات المتفاوتة ، فرؤية البعض لا تكفي ، كما في الثياب .

وإن قلع المشتري شيئاً بغير إذن البائع ، سقط خياره لأجل العيب إذا كان المقلوع شيئاً له قيمة ، فإذا لم يكن له قيمة ، فلا يسقط خيارة لأنه لا يتحقق به العيب .

وقد ذكر الكرخي حكم المغيب في الأرض بغير هذا التفصيل ، وأثبت الخيار للمشتري برؤية البعض بعد رؤية الكل .

وروي عن محمد أنه قال : قال أبو حنيفة : المشتري بالخيار إذا قلع الكل أو البعض .

وأما محمد : فهو مثل أبي يوسف ، إذا قلع المشتري شيئاً يستدل به على الباقي ، فرضي به ، فهو لازم له [١] .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٢٤ وما بعدها .

وإذا كان المبيع دهناً في قارورة ، فرأى خارج القارورة ، فعن محمد روايتان :

الرواية الأولى : أنه تكفي الرؤية ، ويسقط الخيار ، لأن الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل ، فكأنه رأى الدهن خارج القارورة .

والرواية الثانية : أن له الخيار لأن العلم بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة ، لأن ما في الداخل يتلون بلون القارورة ، فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية [١] .

والرؤية عند بعضهم لا تحصل بالمرآة أو بالماء ، فإذا رأى المشتري المبيع بالمرآة ، فلا يسقط خياره ، لأنه لم ير عين المبيع ، وإنما رأى مثاله . والأصح أنه رأى عين المبيع لا غير المبيع ، لأن المقابلة ليست من شرط الرؤية ، فإنا نرى الله عز وجل بلا مقابلة . ولكن بما أنه قد لا يحصل للمشتري العلم بهيئة المبيع لتفاوت المرآة في التكبير والتصغير فيعلم بأصله ، لا بهيئته ، فلذلك يثبت له الخيار ، لا لما قالوا [٢] .

وبناء على هذا لو اشترى سمكاً في بحرة صغيرة يمكن أخذه منها من غير اصطياد وحيلة ، حتى جاز البيع ، فرآه في الماء ، ثم أخذه : قال بعضهم : يسقط خياره لأنه رأى عين المبيع .

وقال بعضهم : لا يسقط خياره ، وهو الصحيح ، لأن الشيء لا يرى في الماء كما هو ، بل يرى أكثر مما هو ، فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية ، وهو معرفته على حقيقته ، فله الخيار [٣] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٤ وما بعدها .
(٢) البدائع : ٥ ص ٢٩٥ .
(٣) البدائع ، المرجع السابق .

التوكيل بالنظر والرؤية أو بالقبض : لو وكل المشتري رجلًا بالنظر الى ما اشتراه ، ولم يره ، فيلزم العقد إن رضي ، ويفسخ العقد إن شاء ، لأن الوكيل يقوم مقام الموكل في النظر ، لأنه جعل الرأي إليه .

وأما إذا وكله بقبض ما اشتراه قبل رؤيته ، فتقوم رؤية الوكيل مقام رؤية الموكل ، فيسقط خياره عند أبي حنيفة . وعند الصاحبين : لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته ، لأنه وكله بالقبض لا بإسقاط الخيار ، فلا يملك إسقاطه ، كما لا يملك إسقاط خيار الشرط ، ولا خيار العيب .

ويرى أبو حنيفة أنه لافرق بين الوكيل بقبض الشيء المشترى وبين الوكيل بالشراء ، ورؤية هذا كافية عن رؤية الموكل ، وبها يسقط الخيار إجماعا ، لأن الوكيل بالشيء وكيل بإتمام ذلك الشيء ، ومن تمام القبض إسقاط الخيار [١] .

واتفقوا على أنه إذا أرسل المشتري رسولا بقبض المبيع ، فرآه الرسول ورضي به : كان المرسل على خياره . والفرق بين الوكيل والرسول : هو أن الوكيل أصل في نفس القبض ، وإنما الواقع للموكل حكم فعله ، فكان إتمام القبض الى الوكيل . أما الرسول فهو نائب في القبض عن المرسل ، فكان قبضه قبض المرسل ، فإتمام القبض الى المرسل [٢] .

واتفقوا في خيار العيب على أنه إذا وكل رجلا بقبض البيع ، فقبض الوكيل وعلم بالعيب ورضي به : لايسقط خيار الموكل .

واختلف مشايخ الحنفية في خيار الشرط ، فقال بعضهم : إن الاختلاف السابق بين أبي حنيفة وصاحبيه يجري هنا . وقال بعضهم : لايسقط بالاتفاق .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٤٥ .
(٢) البدائع ، المرجع السابق .

والذي نخلص منه في تحقق رؤية المبيـع : أن الرؤية المقصودة ليست هي النظر بالعين خاصة ، وإنما تكون في كل شيء بحسبه ، وبالحاسة التي يطلع بها على الناحية المقصودة منه ، فشم المشمومات ، وذوق المطعومات ولمس مايعرف باللمس ، وجس مواطن السمن في شاة الذبح وإن لم ينظر لونها ، وجس الضرع في شاة اللبن : يعد رؤية كافية في هذه الأشياء ، وإن لم تشترك العين فيها ، ولا يكفي النظر بالعين فقط [١] كما أوضحنا تفصيله .

وهذا بالنسبة للبصير . وكذا **الأعمى** يعد اطلاعه على هذه الأشياء التي تعرف بغير حاسة النظر رؤية كافية كاطلاع البصير ، فيكتفي بالجس فيما يجس ، والذوق فيما يذاق ، والشم فيما يشم ، وأما فيما يعرف بالنظر فوصفه للأعمى يقوم مقام نظره .

فإن اشترى الأعمى ثماراً على رؤوس الشجر ، فيعتبر الوصف لا غير ، في أشهر الروايات .

وإذا اشترى الأعمى داراً أو عقـــاراً ، فالأصح من الروايات أنه يكتفى بالوصف .

وعند زوال العمى : لا يعود له الحق في الخيار ، لأن الوصف في حقه كالبديل أو « الخلف » عن الرؤية ، لعجزه عن الاصل ، والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالبديـل ، لايبطل حكم البديل ، كمن صلى بطهارة التيمم ، ثم قدر على الماء ونحو ذلك [٢] .

أما البصير لو اشترى شيئـاً لم يره فوصف له ، فرضي به لم يسقط خياره ، لأنه لاعبرة للبديل مع القدرة على الاصل .

---

(١) عقد البيع للأستاذ مصطفى الزرقاء : ص ٤٦ .

(٢) المبسوط: ١٣ ص ٧٧ ، فتح القدير: ٥ ص ١٤٦ وما بعدها، البدائع : ٥ ص ٢٩٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٧٠ ومابعدها .

الاختلاف في الرؤية :

لو اختلف البائع والمشتري ، فقال البائع : « بعتك هذا الشيء ، وقد رأيته » وقال المشتري : « لم أره » فالقول قول المشتري بيمينه ، لأن البائع يدعي إلزام العقد ، والمشتري منكر ، فيكون القول قوله ، ولكن بيمينه ، لأن البائع يدعي عليه سقوط حق الفسخ ولزوم العقد ، وهذا مما يصح الإقرار به ، فيجري فيه الاستحلاف [١] .

الرؤية منذ زمن :

من رأى شيئا ثم اشتراه بعد مدة كشهر ، ونحوه : فإن كان على الصفة التي رآه عليها ، فلاخيار له ، لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة . وإن وجده متغيراً فله الخيار ، لأن تلك الرؤية لم تقع مُعْلِمة بأوصافه ، فكانت رؤيته وعدمها سواء .

فإن اختلف البائع والمشتري في التغير : فقال البائع : « لم يتغير » وقال المشتري : « تغير » فالقول قول البائع مع يمينه ، لأن دعوى التغير دعوى أمر حادث ، والأصل عدمه ، فلاتقبل إلا ببينة ، بخلاف ما إذا اختلف في الرؤية يكون القول للمشتري مع يمينه كما بينا ، لأن البائع يدعي أمراً عارضاً : هو العلم بصفة المبيع [٢] .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ١٥٠ ، رد المحتار : ٤ ص ٧٢ .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ١٤٩ ، رد المحتار ، المرجع السابق .

المطلب السادس

مسقطات الخيار

لايسقط خيار الرؤية بالإسقاط الصريح ، كأن يقول المشتري : « أسقطت خياري » لاقبل الرؤية ولا بعدها ، بخلاف خيار الشرط ، وخيار العيب .

والفرق هو أن خيار الرؤية ثبت شرعاً ، لحكمة فيه ، فلا يملك الإنسان إسقاطه ، كما في خيار الرجعة بالنسبه للمرأة المطلقة ، فإن الإنسان لا يملك إسقاطه لثبوته شرعاً ، مادامت المرأة في العدة ، بخلاف خيار الشرط ، فإنه يثبت بشرط المتعاقدين ، فجاز أن يسقط بإسقاطهما . وكذلك خيار العيب : فإن سلامة المبيع مشروطة عادة من المشتري ، فكان ذلك كالمشروط صراحة [١] .

وإنما يسقط خيار الرؤية ويلزم البيع بأحد نوعين : فعل اختياري أو ضروري ، والاختياري نوعان : صريح الرضا ونحوه ، ودلالة الرضا .

فالصريح : كأن يقول : « أجزت البيع ، أو رضيت أو اخترت » أو ما يجري مجرى الصريح ، سواء علم البائع بالإجازة أو لم يعلم .

ودلالة الرضا : هو أن يوجد تصرف في المبيع بعد الرؤية لاقبلها يدل على الإجازة والرضا ، كما إذا قبض المبيع بعد الرؤية ، لأن القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع ، لأن للقبض شبهاً بالعقد [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٧ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٩٥ ، فتح القدير : ٥ ص ١٤١ .

وبناء على ذلك : إذا وهب المشتري المبيع من غيره ولم يسلمه أو عرّضه على البيع ونحوهما قبل الرؤية : لايسقط الخيار ، لأنه لايسقط بصريح الرضا في هذه الحالة ، فكذا لايسقط بدلالة الرضا .

ولو رهن المشتري المبيع وسلمه أو آجره من رجل ، أوباعه ، على أن المشتري بالخيار : سقط خياره ، قبل الرؤية ، وبعدها ، حتى إن المشتري لو افتك الرهن بدفع الدين ، أو مضت مدة الإجارة ، أو رده على المشتري بخيار الشرط ، ثم رآه لايكون له الرد بخيار الرؤية ، لأنه أثبت حقاً لازماً لغيره بهذه التصرفات ، فيكون من ضرورته لزوم الملك له ، وذلك بامتناع ثبوت الخيار ، فيبطل ضرورة لأنه لا فائدة فيه [1] .

وأما خيار العيب فلا يسقط بهذه التصرفات ، لأن العقد ثمة لازم مع العيب ، بعد القبض ، وإذا كان لازماً ، فلايسقط الخيار لضرورة اللزوم.

وأما الفعل الضروري المسقط لخيار الرؤية : فهو كل مايسقط به الخيار ، ويلزم البيع ضرورة من غير صنع المشتري ، مثل موت المشتري عند الحنفية ، خلافا للشافعي كما بينا في خيار الشرط .

ومثل : إجازة أحد الشريكين دون الآخر ما اشترياه ولم يرياه عند أبي حنيفة .

وكذا هلاك المبيع كله ، أو بعضه ، وزيادته زيادة منفصلة أو متصلة متولدة ، أو غير متولدة على التفصيل السابق ذكره في خيار الشرط [2].

قال الكاساني : « والاصل أن كل مايبطل خيار الشرط والعيب : يبطل خيار الرؤية إلا أن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الإسقاط ،

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٦، تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٣٠ وما بعدها، فتح القدير : ٥ ص ١٤١ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٩٦ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ١٤١ .

وخيار الرؤية لايسقط بصريح الإسقاط ، لا قبل الرؤية ولا بعدها »[١] ؛ لأن خيار الرؤية ثبت شرعـاً حقا لله تعالى [٢] ، فلا يسقط بإسقاط المتعاقد قصداً ، وخيار الشرط والعيب ثابتان باشتراط المتعاقدين ، فكان لمن ثبت له خيار منهما إسقاطه قصداً متى أراد ، لأنه حقه ، كما بينا تفصيله .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٧ .

(٢) أي لرعاية مصالح الأفراد العامة أو أن هذا من قبيل النظام العام الذي لايجوز للأفراد الاتفاق على خلافه .

المطلب السابع

ماينفسخ به العقد وشروط الفسخ

ماينفسخ به العقد : ينفسخ العقد بسبب خيار الرؤية بالتصريح بالفسخ ونحوه ، كأن يقول : فسخت العقد ، أو نقضته ، أو رددته ، ونحو ذلك مما يجري هذا المجرى ، أو بهلاك المبيع قبل القبض ، لذهاب ركن البيع [1] .

شروط الفسخ : ويشترط لصحة الفسخ شروط :

١ – أن يكون الخيار موجوداً ، لأن الخيار إذا سقط بشيء مما تقدم ، لزم العقد ، فلا يحتمل النقض بالفسخ .

٢ – أن لايترتب على الفسخ تفريق الصفقة على البائع ، برد بعض المبيع وإجازة العقد في البعض الآخر ، لأن في ذلك ضرراً عليه ، ولأن خيار الرؤية – قبل القبض وبعده – يمنع تمام الصفقة ، وتجزئتها قبل تمامها باطل بلا ريب .

٣ – أن يعلم البائع بالفسخ ، ليكون على بينة من أمره ، وأمر سلعته ليتصرف فيها كما يريد ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . أما أبو يوسف : فلا يشترط علم البائع ، على ماتقدم في خيار الشرط [2] .

ويلاحظ أخيراً أن خيار الرؤية لايورث كما لا يورث خيار الشرط

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٩٨ .

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

إذا مات المشتري مثلًا بعد ثبوت الخيار له ، لأن « الخيار ثبت بالنص للعاقد ، والوارث ليس بعاقد ، فلا يثبت له ، لأن الخيار وصف له ، فلا يجري فيه الإرث » كما قال الزيلعي [١] .

وقال الشافعي : يورث خيار الرؤية ، كما يورث خيار التعيين والعيب « لأن الارث كما يثبت في الأملاك ، يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع » [٢] .

وهذا أقرب إلى المنطق ، لأن الوارث يخلف المورث في كل ما ترك من مال وحقوق ومنها حق الخيار [٣] .

---

(١) تبيين الحقائق : ٤ ص ٣٠ .
(٢) البدائع : ٥ ص ٢٦٨ .
(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى : ص ٤٧٧ ، ٤٨٧ .

المبحث السادس

بعض أنواع البيع

تمهيد : ينقسم البيع بالنسبة للبدلين إلى أنواع أربعة :

الأول — بيع المقايضة : وهو بيع العين بالعين ، كبيع السلع بأمثالها ، نحو بيع الثوب بالحنطة ، وغيره .

الثاني — البيع المطلق : وهو بيع العين بالدين ، نحو بيع السلع بالاثمان المطلقة : وهي الدراهم والدنانير ، وبيعها بالفلوس الرائجة (وهي قطع معدنية اصطلح الناس على أنها نقود صالحة للتعامل) وبالمكيل والموزون الموصوفين في الذمة ، والعددي المتقارب الموصوف في الذمة .

الثالث — الصرف : وهوبيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق : وهو الدراهم والدنانير ، أو كل عملة نقدية رائجة في الاسواق .

الرابع — السلم : وهو بيع الدين بالعين ، فإن المسلم فيه بمثابة المبيع وهو دين ، ورأس المال بمثابة الثمن ، وقد يكون عيناً ، وقد يكون ديناً ، ولكن يشترط قبضه قبل افتراق العاقدين عن المجلس ، فيصير عيناً .

ولا يشترط القبض في النوعين الاولين : وهما بيع المقايضة ، والبيع المطلق أي العادي الغالب . ويشترط ذلك في النوعين الاخيرين ، ففي الصرف يشترط قبض البدلين ، وفي السلم يشترط قبض أحد البدلين : وهو رأس المال ، كما ذكرنا .

وينقسم البيع أيضاً بالنظر إلى الثمن إلى أربعة أقسام :

١ — بيع المرابحة : وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح معين .

٢ — بيع التولية : وهو المبادلة بمثل الثمن الاول (أي برأس المال) من غير زيادة ولا نقصان .

٣ — بيع الوضيعة : وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء منه أي البيع بخسارة معينة .

٤ — بيع المساومة : وهو مبادلة المبيع بما يتراضى عليه العاقدان ، لان البائع يرغب كتمان رأس المال ، وهذا هو البيع الشائع الآن .

وهناك أنواع أخرى من البيوع مثل « الاستصناع » المعروف من قديم ، وهو بيع ماسيصنع قبل صنعه ومثل « الضمان » وهو بيع الثمار على أشجارها [١] .

وسنتكلم فيما يلي عن السلم والصرف ، والمرابحة والتولية والاستصناع وقد تكلمنا عن البيع المطلق ، ولكن بقي شيئان يتعلقان به وهما الربا وإقالة البيع نذكرهما هنا أيضاً .

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٣٤ ،فتح القدير : ٥ص ٣٢٣ ، عقدالبيع للأستاذ الزرقاء: ص ١١ وما بعدها .

- ١ -

عقد السلم

خطة الموضوع :

نتكلم عن هذا العقد في المطالب الآتية :

المطلب الاول – مشروعية السلم
المطلب الثاني – تعريف السلم وركنه
المطلب الثالث – شروط السلم
المطلب الرابع – حكم السلم
المطلب الخامس – أوجه الاختلاف بين البيع والسلم

المطلب الأول

مشروعية السلم

السلم مشروع في الكتاب والسنة وإجماع الامة :

أما الكتاب : فقد فسرت به آية الدين : وهي قوله تعالى : « ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » الآية ، قال ابن عباس : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ، ثم قرأ هذه الآية [1] .

وأما السنة : فما روى ابن عباس أن رسول الله ﷺ قدم المدينة ، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين والثلاث ، فقال : « من أسلف في في شيء فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم » [2] .

وأما الاجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ، ولان بالناس حاجة إليه ، لان أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم أو على الزروع ونحوها حتى تنضج ، فجوز لهم السلم دفعاً للحاجة .

وقد استثني عقد السلم من قاعدة عدم جواز بيع المعدوم ، لما فيه من تحقيق مصلحة اقتصادية ، ترخيصاً للناس ، وتيسيراً عليهم [3] .

---

(١) نصب الراية : ٤ ص ٤٤ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٢ . والحديث رواه الشافعي والطبراني والحاكم والبيهقي .

(٢) أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن ابن عباس (انظر جامع الأصول : ٢ ص ١٧ ، نصب الراية : ٤ ص ٤٦ ، تخريج أحاديث تحفة الفقهاء : ٢ ص ٤) .

(٣) المبسوط : ١٢ص ١٢٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٢٣ ، البدائع : ٥ ص ٢٠١ ، رد المحتار : ٤ص ٢١٢ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٩٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٢ ، المغني : ٤ ص ٢٧٥ .

٣ — بيان الصفة : أي أنه جيد أو وسط أو رديء .

واشتراط هذه الشروط الثلاثة لازالة الجهالة في العقد ، لان جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة ، ومثل هذه الجهالة تفسد البيع [١] .

٤ — إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد فيه بالقدر من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ، ولا يكتفى بالاشارة اليه . وهذا الشرط عند أبي حنيفة وسفيان الثوري ، فإذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم أو الدنانير » وأشار إليها ولم يعرف وزنها ، أو قال : « هذه الحنطة » ولم يعرف مقدار كيلها ، فلا يصح السلم : لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة قدر المسلم فيه ، وجهالة قدر المسلم فيه تفسد العقد [٢] .

فإن أسلم فيما لا يتعلق العقد فيه بالقدر كالذرعيات أي (المقيسة بالذراع كالثياب والبسط والحصر) والعدديات المتفاوتة (كالبطيخ والرمان) فإنه لا يشترط بيان الذرع في الذرعيات ولا بيان القيمة فيها ، ويكتفى بالاشارة والتعيين باتفاق علماء الحنفية [٣] .

واتفقوا أيضاً على أن إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط إذا كان مشاراً إليه .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة في الأصح عندهم : لا يشترط معرفة قدر رأس المال ، فإن رؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره ، لانه عوض مشاهد ، كالثمن والمبيع المعين [٤] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠١ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣٧ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٥ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ٣٣٨ ، البدائع : ٥ ص ٢٠٢ .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٤ ، المهذب : ١ ص ٣٠٠ ، المغني : ٤ ص ٢٩٨ .

المطلب الثالث

شروط السلم

يشترط في السلم شروط منها في رأس المال ، ومنها في المسلم فيه ، وقد اتفق أئمة المذاهب على أن السلم يصح بستة شروط : هي أن يكون في جنس معلوم ، بصفة معلومة ، ومقدار معلوم ، وأجل معلوم ، ومعرفة مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤنة ونفقة .

واتفقوا أيضاً على جواز السلم في المكيلات والموزونات والمزروعات كالجوز واللوز والبيض ، ونحو ذلك ، كما سنفصل .

واختلفوا في شروط تتعلق برأس المال وبالمسلم فيه ، وفي إقالة بعض السلم ، وسنذكر هذه الشروط والخلاف في أهمها .

شروط رأس مال السلم : أي (الثمن)

اشترط الحنفية في رأس المال ستة شروط :

١ ـ بيان الجنس : أي أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكيل : حنطة أو شعير ، أو من الموزون : قطن أو حديد ، ونحو ذلك .

٢ ـ بيان النوع : وذلك إذا كان في البلد نقود ، مثل دنانير نيسابورية أو دراهم غطريفية [١] أو حنطة سقية أو بعلية . فإذا كان في البلد نقد واحد ، فيكتفى بذكر الجنس ، وينصرف إليه لتعينه عرفاً .

(١) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي ، أمير خراسان في عهد الرشيد .

٣ – بيان الصفة : أي أنه جيد أو وسط أو رديء .

واشتراط هذه الشروط الثلاثة لازالة الجهالة في العقد ، لان جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية إلى المنازعة ، ومثل هذه الجهالة تفسد البيع [١] .

٤ – إعلام قدر رأس المال فيما يتعلق العقد فيه بالقدر من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ، ولا يكتفى بالاشارة اليه . وهذا الشرط عند أبي حنيفة وسفيان الثوري ، فإذا قال رب السلم : « أسلمت إليك هذه الدراهم أو الدنانير » وأشار إليها ولم يعرف وزنها ، أو قال : « هذه الحنطة » ولم يعرف مقدار كيلها ، فلا يصح السلم : لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة قدر المسلم فيه ، وجهالة قدر المسلم فيه تفسد العقد [٢] .

فإن أسلم فيما لا يتعلق العقد فيه بالقدر كالذرعيات أي (المقيسة بالذراع كالثياب والبسط والحصر) والعدديات المتفاوتة (كالبطيخ والرمان) فإنه لا يشترط بيان الذرع في الذرعيات ولا بيان القيمة فيها ، ويكتفى بالاشارة والتعيين باتفاق علماء الحنفية [٣] .

واتفقوا أيضاً على أن إعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط إذا كان مشاراً إليه .

وقال الصاحبان والشافعية والحنابلة في الأصح عندهم : لا يشترط معرفة قدر رأس المال ، فإن رؤية رأس المال تكفي عن معرفة قدره ، لأنه عوض مشاهد ، كالثمن والمبيع المعين [٤] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠١ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣٧ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٥ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ٣٣٨ ، البدائع : ٥ ص ٢٠٢ .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٤ ، المهذب : ١ ص ٣٠٠ ، المغني : ٤ ص ٢٩٨ .

المطلب الثالث

شروط السلم

يشترط في السلم شروط منها في رأس المال ، ومنها في المسلم فيه ، وقد اتفق أئمة المذاهب على أن السلم يصح بستة شروط : هي أن يكون في جنس معلوم ، بصفة معلومة ، ومقدار معلوم ، وأجل معلوم ، ومعرفة مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤنة ونفقة .

واتفقوا أيضاً على جواز السلم في المكيلات والموزونات والمزروعات كالجوز واللوز والبيض ، ونحو ذلك ، كما سنفصل .

واختلفوا في شروط تتعلق برأس المال وبالمسلم فيه ، وفي إقالة بعض السلم ، وسنذكر هذه الشروط والخلاف في أهمها .

شروط رأس مال السلم : أي (الثمن)

اشترط الحنفية في رأس المال ستة شروط :

١ ـ بيان الجنس : أي أنه دراهم أو دنانير ، أو من المكيل : حنطة أو شعير ، أو من الموزون : قطن أو حديد ، ونحو ذلك .

٢ ـ بيان النوع : وذلك إذا كان في البلد نقود ، مثل دنانير نيسابورية أو دراهم غطريفية [١] أو حنطة سقية أو بعلية . فإذا كان في البلد نقد واحد ، فيكتفى بذكر الجنس ، وينصرف إليه لتعينه عرفاً .

---

(١) نسبة إلى غطريف بن عطاء الكندي ، أمير خراسان في عهد الرشيد .

وبعبارة أخرى : إنه يشترط أن لا يكون في السلم أحد وصفي علة ربا الفضل : وهو إما الكيل أو الوزن وإما الجنس ، لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النساء ، فاذا اجتمع أحد هذين الوصفين في بدلي السلم يتحقق ربا النساء ، والعقد الذي فيه ربا فاسد .

فان لم يتحقق القدر المتفق بأن اختلف المسلم فيه ورأس مال السلم كبيع حنطة بنقود ، أو زعفران بدراهم أو دنانير ، فيصح السلم ، لانعدام علة ربا النسيئة : وهي القدر المتفق أو الجنس . أما المجانسة فظاهرة الانتفاء ، وأما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن ، فالنقود توزن بالمثاقيل ، والزعفران ونحوه يوزن بالرطل أو القبان ، وأما الحنطة فهي مكيلة ، والنقود موزونة [١] .

السادس : أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين : فإن كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع ، والمبيع مما يتعين بالتعيين ، والدراهم والدنانير لا تتعين في عقود المعاوضات ، فلم تكن مبيعة ، فلا يجوز السلم فيها .

وهل يجوز السلم في التبر والسبائك ؟ فيه روايتان : رواية : لا يجوز ، لأن التبر والسبيكة بمنزلة الدراهم المضروبة . ورواية أخرى : يجوز لان ذلك بمنزلة العروض .

ويخرج على هذا : السلم في الفلوس [٢] عدداً : يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لان الفلوس عندهما ليست بثمن مطلق [٣] بل مما تتعين بالتعيين في الجملة كالسلع العددية .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢١٤ ، ١٨٦ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٧ .

(٢) الفلس : قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) أي أن ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال ، لأنها ثبتت بالاصطلاح، فتزول بالاصطلاح ، والعقد عليها : معناه الاتفاق على إبطال ثمنيتها في حق العاقدين .

شروط المسلم فيه

اشترط الحنفية في المسلم فيه أحد عشر شرطاً :

أحدها : أن يكون معلوم الجنس : كأن يبين أنه حنطة أو شعير أو نحوهما .

الثاني : أن يكون معلوم النوع : كأن يقال حنطة سقية أو سهلية أو جبلية .

الثالث : أن يكون معلوم الصفة : كأن يقال : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط . ويلاحظ أنه يكتفى ببيان الجنس والنوع والصفة ، فلا يصح أن يذكر في العقد أنه من الناتج الذي سيظهر جديداً ، وهو لم يتكون بعد ، لأنه يكون بيع المعدوم صراحة ، وهو لايجوز .

الرابع : أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، والسبب في اشتراط هذه الشروط الأربعة : هو ماذكرناه في شرط رأس المال : وهو إزالة الجهالة ، لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة ، وإنها مفسدة للعد ، وقال عليه السلام : « من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم » [1] .

الخامس : أن لايكون في البدلين إحدى علتي ربا الفضل : وهي إما القدر المتفق أو الجنس المتحد ، لأن العقد حينئذ يتضمن الربا ، لأن حرمة ربا النساء تتحقق بأحد هذين الوصفين .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٢٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣٧ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٠٧ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٥ .

وبعبارة أخرى : إنه يشترط أن لايكون في السلم أحد وصفي علة ربا الفضل : وهو إما الكيل أو الوزن وإما الجنس ، لأن أحد وصفي علة ربا الفضل هو علة ربا النساء ، فاذا اجتمع أحد هذين الوصفين في بدلي السلم يتحقق ربا النساء ، والعقد الذي فيه ربا فاسد .

فان لم يتحقق القدر المتفق بأن اختلف المسلم فيه ورأس مال السلم كبيع حنطة بنقود ، أو زعفران بدراهم أو دنانير ، فيصح السلم ، لانعدام علة ربا النسيئة : وهي القدر المتفق أو الجنس . أما المجانسة فظاهرة الانتفاء ، وأما القدر المتفق فلأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن ، فالنقود توزن بالمثاقيل ، والزعفران ونحوه يوزن بالرطل أو القبان ، وأما الحنطة فهي مكيلة ، والنقود موزونة [١] .

السادس : أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين : فإن كان مما لايتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لايجوز السلم فيه ، لأن المسلم فيه مبيع ، والمبيع مما يتعين بالتعيين ، والدراهم والدنانير لاتتعين في عقود المعاوضات ، فلم تكن مبيعة ، فلا يجوز السلم فيها .

وهل يجوز السلم في التبر والسبائك ؟ فيه روايتان : رواية : لايجوز ، لأن التبر والسبيكة بمنزلة الدراهم المضروبة . ورواية أخرى : يجوز لان ذلك بمنزلة العروض .

ويخرج على هذا : السلم في الفلوس [٢] عدداً : يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لان الفلوس عندهما ليست بثمن مطلق [٣] بل مما تتعين بالتعيين في الجملة كالسلع العددية .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢١٤ ، ١٨٦ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٧ .

(٢) الفلس : قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) أي أن ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال ، لأنها ثبتت بالاصطلاح ، فتزول بالاصطلاح ، والعقد عليها : معناه الاتفاق على إبطال ثمنيتها في حق العاقدين .

شروط المسلم فيه

اشترط الحنفية في المسلم فيه أحد عشر شرطاً :

أحدها : أن يكون معلوم الجنس : كأن يبين أنه حنطة أو شعير أو نحوهما .

الثاني : أن يكون معلوم النوع : كأن يقال حنطة سقية أو سهلية أو جبلية .

الثالث : أن يكون معلوم الصفة : كأن يقال : حنطة جيدة أو رديئة أو وسط . ويلاحظ أنه يكتفى ببيان الجنس والنوع والصفة ، فلا يصح أن يذكر في العقد أنه من الناتج الذي سيظهر جديداً ، وهو لم يتكون بعد ، لأنه يكون بيع المعدوم صراحة ، وهو لايجوز .

الرابع : أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع ، والسبب في اشتراط هذه الشروط الأربعة : هو ماذكرناه في شرط رأس المال : وهو إزالة الجهالة ، لأن جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية إلى المنازعة ، وإنها مفسدة للعد ، وقال عليه السلام : « من أسلف منكم فليسلف في كيل معلوم ، ووزن معلوم إلى أجل معلوم »[1] .

الخامس : أن لايكون في البدلين إحدى علتي ربا الفضل : وهي إما القدر المتفق أو الجنس المتحد ، لأن العقد حينئذ يتضمن الربا ، لأن حرمة ربا النساء تتحقق بأحد هذين الوصفين .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٢٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣٧ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٠٧ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٥ .

مما يحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية كذا بعينها أو أرض كذا بعينها : لايجوز السلم ، لعدم تحقق القدرة على التسليم ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة العقد .

وإن كان مما لا يحتمل الانقطاع ، كأن يسلم في حنطة إقليم كالعراق أو خراسان ، أو في حنطة بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى ومحافظة حوران ، فيجوز السلم ، إذ لا يتوهم الانقطاع ، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن .

وقال بعض مشايخ الحنفية : لا يجوز السلم إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى بلدة كبيرة . والصحيح هو ما ذكرناه أولا [١] هذا هو مذهب الحنفية .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يشترط فقط أن يكون المسلم فيه عام الوجود مأمون الانقطاع وقت حلول الأجل ، لأن المهم هو القدرة على التسليم ، فيعتبر وقت وجوب التسليم ، ولأن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنين ، فقال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو أجل معلوم » ولم يشترط وجود المسلم فيه حال عقد السلم ، ولو كان شرطاً لذكره ، ولنهاهم عن السلم سنتين ، لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة [٢] .

وقد رجح الاستاذ الزرقاء اجتهاد غير الحنفية واعتبره أوجه وأوسع [٣] .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣١ ، البدائع : ٥ص ٢١١ .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٣٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢١١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٦ ، المهذب : ١ ص ٢٩٨ ، المغني : ٤ ص ٢٩٣ وما بعدها .

(٣) عقد البيع : هامش ص ١٢٠ .

مثار النزاع ، لانه غير معلوم إذ أنه يتقدم ويتأخر ، ويقرب ويبعد ويؤيد ذلك ما روي عن ابن عباس أنه قال : « لاتتبايعوا الى الحصاد والدياس (١) ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم » (٢) .

وقال المالكية : يجوز السلم إلى هذه الاوقات ، ويعتبر ميقات ذلك : هو الوقت الذي يحصل فيه غالب ماذكر : وهو وسط الوقت المعد لذلك الذي يغلب فيه الوقوع . ودليلهم : أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة ، لايتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً ، فأشبه ما إذا قال إلى رأس السنة (٣) .

الثامن : أن يكون جنس المسلم فيه أي (المبيع) موجوداً في في الاسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم ، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالحبوب . فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو وقت حلول الأجل ، أو انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن ونحو ذلك ، لا يجوز السلم ، لأن القدرة على التسليم ثابتة للحال ، وفي وجودها عند حلول الأجل شك ، لاحتمال الهلاك ، فإن بقي الشيء المسلم فيه في الاسواق إلى ذلك الوقت ، ثبتت القدرة على التسليم ، وإن هلك قبل ذلك لاتثبت . وبعبارة أخرى : إن اشتراط هذا الشرط لضمان تنفيذ تسليم المسلم فيه .

وعلى هذا : إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى موضع معلوم : فإن كان

---

(١) هو دوس الحب بالقدم لينقشر .

(٢) قال الحافظ الزيلعي : روى البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي عن ابن عباس أنه قال : « لا تبيعوا إلى العطاء ، ولا إلى الانْدر (أي البيدر أو المكدس من القمح خاصة) ولا إلى الدياس » (راجع نصب الراية : ٤ ص ٢١) .

(٣) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٩٨ .

مما يحتمل انقطاعه بالآفة كحنطة قرية كذا بعينها أو أرض كذا بعينها : لايجوز السلم ، لعدم تحقق القدرة على التسليم ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة العقد .

وإن كان مما لا يحتمل الانقطاع ، كأن يسلم في حنطة إقليم كالعراق أو خراسان ، أو في حنطة بلدة كبيرة كسمرقند وبخارى ومحافظة حوران ، فيجوز السلم ، إذ لا يتوهم الانقطاع ، لأن الغالب في أحكام الشرع ملحق بالمتيقن .

وقال بعض مشايخ الحنفية : لا يجوز السلم إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى بلدة كبيرة . والصحيح هو ما ذكرناه أولا [١] هذا هو مذهب الحنفية .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يشترط فقط أن يكون المسلم فيه عام الوجود مأمون الانقطاع وقت حلول الأجل ، لأن المهم هو القدرة على التسليم ، فيعتبر وقت وجوب التسليم ، ولأن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والسنين ، فقال : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو أجل معلوم » ولم يشترط وجود المسلم فيه حال عقد السلم ، ولو كان شرطاً لذكره ، ولنهاهم عن السلم سنتين ، لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه أوسط السنة [٢] .

وقد رجح الاستاذ الزرقاء اجتهاد غير الحنفية واعتبره أوجه وأوسع [٣] .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٣٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣١ ، البدائع : ٥ ص ٢١١ .
(٢) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٣٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢١١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١٠٦ ، المهذب : ١ ص ٢٩٨ ، المغني : ٤ ص ٢٩٣ وما بعدها .
(٣) عقد البيع : هامش ص ١٢٠ .

مثار النزاع ، لانه غير معلوم إذ أنه يتقدم ويتأخر ، ويقرب ويبعد ويؤيد ذلك ماروي عن ابن عباس أنه قال : « لاتتبايعوا الى الحصاد والدياس [١] ولا تتبايعوا إلا إلى شهر معلوم » [٢] .

وقال المالكية : يجوز السلم إلى هذه الاوقات ، ويعتبر ميقات ذلك : هو الوقت الذي يحصل فيه غالب ماذكر : وهو وسط الوقت المعد لذلك الذي يغلب فيه الوقوع . ودليلهم : أن هذا أجل يتعلق بوقت من الزمن يعرف في العادة ، لايتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً ، فأشبه ما إذا قال إلى رأس السنة [٣] .

الثامن : أن يكون جنس المسلم فيه أي (المبيع) موجوداً في في الاسواق بنوعه وصفته من وقت العقد إلى وقت حلول أجل التسليم ، ولا يتوهم انقطاعه عن أيدي الناس ، كالحبوب . فإن لم يكن موجوداً عند العقد أو وقت حلول الأجل ، أو انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن ونحو ذلك ، لا يجوز السلم ، لأن القدرة على التسليم ثابتة للحال ، وفي وجودها عند حلول الأجل شك ، لاحتمال الهلاك ، فإن بقي الشيء المسلم فيه في الاسواق إلى ذلك الوقت ، ثبتت القدرة على التسليم ، وإن هلك قبل ذلك لاتثبت . وبعبارة أخرى : إن اشتراط هذا الشرط لضمان تنفيذ تسليم المسلم فيه .

وعلى هذا : إذا كان المسلم فيه منسوباً إلى موضع معلوم : فإن كان

---

(١) هو دوس الحب بالقدم لينقشر .

(٢) قال الحافظ الزيلعي : روى البيهقي في كتاب المعرفة من طريق الشافعي عن ابن عباس أنه قال : « لا تبيعوا إلى العطاء ، ولا إلى الانْدر (أي البيدر أو المكدس من القمح خاصة) ولا إلى الدياس » (راجع نصب الراية : ٤ ص ٢١) .

(٣) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٩٨ .

آخر للإيفاء سوى مكان العقد : فإن كان فيما له حمل ومؤونة يتعين ، وان كان فيما ليس له حمل ومؤونة ففيه روايتان :

في رواية : لا يتعين ، وله أن يوفيه في أي مكان شاء .

وفي رواية : يتعين وهو الأصح ، لأنه يفيد رب السلم بعدم تحمل خطر الطريق [١] .

الحادي عشر – أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً أي أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة : وهي المثليات ، وذلك بأن يكون من المكيلات أو الموزونات أو الذرعيات أو الأعداد المتقاربة ، مثل الحبوب والثمار والدقيق والثياب ، والقطن والكتان والحديد والرصاص والأدوية ، والجوز والبيض ، لأن المكيلات والموزونات ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لايبقى فيها إلا تفاوت يسير ، لأنها من ذوات الأمثال . وأما المتقارب من الذرعيات والعدديات ، فلأن الجهالة فيها يسيرة لاتفضي الى المنازعة .

فإن كان مما لايضبط بالوصف ، كالعدديات المتفاوتة ، والذرعيات المتفاوتة ، مثل الدور والعقـــارات والجواهر واللآلىء والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والسفرجل والبطاطيخ ونحوها : لايجوز السلم فيها ، لأنه لايمكن ضبطها بالوصف ، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرهـا جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعـة بسبب التفاوت في المالية بين آحاد هذه الأشياء ، فهناك تفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ، ولؤلؤ ولؤلؤ ، وحيوان وحيوان ، وجلد وجلد ، وهكذا لأن أثمانها تختلف اختلافا متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة الضوء والصفاء ، فيقع البيع فيها على مجهول ، وبيع المجهول لايجوز .

---

(١) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٣٤٢ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٦ وما بعدها .

وقال الصاحبان : يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء ، فلا يكون هناك جهالة فيصح السلم ، لأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد ، والعقد وجد في هذا المكان ، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه ، كما في بيع العين . ويرد عليها : بأن العقد قائم بالعاقدين ، لابالمكان ، وهذا مكان المتعاقدين وليس مكاناً للعقد ، فلم يوجد العقد في هذا المكان .

ويجري هذا الخلاف في بيان مكان أداء الأجرة في عقد الاجارة إذا احتاج ذلك إلى نفقة نقل : فعند أبي حنيفه : لايصح العقد إذا لم يعين مكان أداء الأجرة . وعند الصاحبين : تصح الإجارة ، ويتعين مكان إيفاء الأجرة بتعين مكان إيفاء المعقود عليه . فإن كان المأجور داراً أو أرضا : فتسلم الأجرة عند الدار والأرض ، وإن كان المأجور دابة فعند بدء انطلاق السير . وإن كان ثوباً دفع الى مصبغة مثلا ، ففي الموضع الذي يسلم فيه الثوب . ويلاحظ أن مكان العقد يتعين مكاناً للتسليم عند الصاحبين إذا أمكن التسليم في مكان العقد . فإذا لم يمكن : بأن كان في البحر أو على رأس الجبل ، فإنه لايتعين مكان العقد للتسليم ، ولكن يسلم في أقرب الأماكن الذي يمكن التسليم فيه من مكان العقد .

وأما إذا لم يكن لتسليم المسلم فيه كلفة ومؤونة كالجواهر واللآلىء ونحوها من المنقولات الخفيفة الحمل ، فهناك روايتان عن الحنفية :

في رواية : يتعين مكان العقد ، وهذا قول الصاحبين .

وفي رواية ـ وهي الأصح عندهم : يسلم الشيء حيثما لقي أحد العاقدين صاحبه ، ولا يتعين مكان العقد ، لأن الأماكن كلها سواء ، إذ المالية لاتختلف باختلاف الأماكن فيما لاحمل له ولا مؤونة [1] . ولو عينا مكاناً

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٣٤٢ ، البدائع : ٥ ص ٢١٣ .

آخر للإيفاء سوى مكان العقد : فإن كان فيما له حمل ومؤونة يتعين ، وان كان فيما ليس له حمل ومؤونة ففيه روايتان :

في رواية : لا يتعين ، وله أن يوفيه في أي مكان شاء .

وفي رواية : يتعين وهو الأصح ، لأنه يفيد رب السلم بعدم تحمل خطر الطريق [١] .

الحادي عشر — أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً أي أن يكون المبيع من الأموال التي تقبل الثبوت في الذمة : وهي المثليات ، وذلك بأن يكون من المكيلات أو الموزونات أو الذرعيات أو الأعداد المتقاربة ، مثل الحبوب والثمار والدقيق والثياب ، والقطن والكتان والحديد والرصاص والأدوية ، والجوز والبيض ، لأن المكيلات والموزونات ممكنة الضبط قدراً وصفة على وجه لايبقى فيها إلا تفاوت يسير ، لأنها من ذوات الأمثال . وأما المتقارب من الذرعيات والعدديات ، فلأن الجهالة فيها يسيرة لاتفضي الى المنازعة .

فإن كان مما لايضبط بالوصف ، كالعدديات المتفاوتة ، والذرعيات المتفاوتة ، مثل الدور والعقارات والجواهر واللآلىء والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والسفرجل والبطاطيخ ونحوها : لايجوز السلم فيها ، لأنه لايمكن ضبطها بالوصف ، إذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة بسبب التفاوت في المالية بين آحاد هذه الأشياء ، فهناك تفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ، ولؤلؤ ولؤلؤ ، وحيوان وحيوان ، وجلد وجلد ، وهكذا لأن أثمانها تختلف اختلافا متبايناً بالصغر والكبر وحسن التدوير وزيادة الضوء والصفاء، فيقع البيع فيها على مجهول ، وبيع المجهول لايجوز .

(١) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٣٤٢ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٦ وما بعدها .

وقال الصاحبان : يتعين مكان العقد مكاناً للإيفاء ، فلا يكون هناك جهالة فيصح السلم ، لأن سبب وجوب الإيفاء هو العقد ، والعقد وجد في هذا المكان ، فيتعين مكان العقد لوجوب الإيفاء فيه ، كما في بيع العين . ويرد عليها : بأن العقد قائم بالعاقدين ، لا بالمكان ، وهذا مكان المتعاقدين وليس مكاناً للعقد ، فلم يوجد العقد في هذا المكان .

ويجري هذا الخلاف في بيان مكان أداء الأجرة في عقد الاجارة إذا احتاج ذلك إلى نفقة نقل : فعند أبي حنيفه : لا يصح العقد إذا لم يعين مكان أداء الأجرة . وعند الصاحبين : تصح الإجارة ، ويتعين مكان إيفاء الأجرة بتعين مكان إيفاء المعقود عليه . فإن كان المأجور داراً أو أرضا : فتسلم الأجرة عند الدار والأرض ، وإن كان المأجور دابة فعند بدء انطلاق السير . وإن كان ثوباً دفع الى مصبغة مثلا ، ففي الموضع الذي يسلم فيه الثوب . ويلاحظ أن مكان العقد يتعين مكاناً للتسليم عند الصاحبين إذا أمكن التسليم في مكان العقد . فإذا لم يمكن : بأن كان في البحر أو على رأس الجبل ، فإنه لا يتعين مكان العقد للتسليم ، ولكن يسلم في أقرب الأماكن الذي يمكن التسليم فيه من مكان العقد .

وأما إذا لم يكن لتسليم المسلم فيه كلفة ومؤونة كالجواهر واللآلىء ونحوها من المنقولات الخفيفة الحمل ، فهناك روايتان عن الحنفية :

في رواية : يتعين مكان العقد ، وهذا قول الصاحبين .

وفي رواية ـ وهي الأصح عندهم : يسلم الشيء حيثما لقي أحد العاقدين صاحبه ، ولا يتعين مكان العقد ، لأن الأماكن كلها سواء ، إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل له ولا مؤونة [١] . ولو عينا مكاناً

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٣٤٢ ، البدائع : ٥ ص ٢١٣ .

فيها عدداً وتضبط وحداتها بالصغر والكبر . ووجه : لايصح السلم فيها إلا وزناً ، كما قال الشافعية [١] .

وسنذكر حكم بعض المبيعات التي لها صلة بشرط انضباط الوصف.. ومنها:

السلم في الحيوان :

يجوز السلم في الإليات والشحوم وزناً بلا خلاف ، وأما السلم في الحيوان ذاته ، فقد اختلف فيه الفقهاء :

فقال الحنفية : لايجوز السلم في الحيوان كيفما كان ، لما روي عن ابن عباس « أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان » [٢] ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متبايناً في تقدير ماليته ، فلا يمكن ضبطه ، وإن استقصى الواصف صفاته التي يختلف بها الثمن ، والاختلاف في ذلك يفضي الى المنازعة مثل سائر العدديات المتفاوتة [٣] . وعلى هذا فلايصح السلم في الخرفان كما يفعل بعض الناس ، لأنها لا تنضبط .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يجوز السلم في الحيوان قياساً على جواز القرض فيه ، وقد روى مسلم « أنه ﷺ اقترض بكراً » [٤] وروى أبو داود « أنه ﷺ أمر عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله

---

(١) المغني : ٤ ص ٢٧٦ ، ٢٨٨ وما بعدها .

(٢) أخرجه الحاكم والدارقطني عن ابن عباس ، قال الحاكم : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه . والصحيح أن في إسناده اسحاق بن ابراهيم بن جوتي ، وهو واهي الحديث . قال عنه ابن حبان : « منكر الحديث جداً ، يأتي عن الثقات بالموضوعات ، لايحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب » (انظر نصب الراية : ص ٤٦ ، التلخيص الحبير : ص ٢٤٥) .

(٣) المبسوط : ١٢ ص ١٣١ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٢٧ وما بعدها ، البدائع : ٥ ص ٢٠٩ .

(٤) سيأتي تخريجه في باب القرض .

تعالى عنه أن يشتري بعيراً ببعيرين إلى أجل »[١] وهذا سلم لا قرض لما فيه من الفضل والأجل . وأما حديث النهي عن السلف في الحيوان فقال ابن السمعاني عنه في الاصطلام : « غير ثابت وإن خرجه الحاكم » ولكن صحة السلم في الحيوان عند هؤلاء مشروطة بذكر نوعه وسنه وذكورته وأنوثته ولونه وقدّه طولاً وقصراً على التقريب[٢] .

السلم في اللحم مع العظم :

قال ابو حنيفة : لايجوز السلم في اللحم مع العظم ، لوجود الجهالة المفضية الى المنازعة من جهتين : جهة السمن والهزال ، وجهة قلة العظم وكثرته . وكذلك لا يجوز في الأصح عنده السلم في اللحم المنزوع العظم ، لوجود الجهالة فيه أيضاً من جهة السمن والهزال ، وهذا كافٍ لأن الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع إحداهما ، كما يثبت معهما[٣] .

وقال الصاحبان والمالكية والشافعية والحنابلة : يصح السلم في اللحم بشرط ضبط صفاته بذكر جنس اللحم : لحم شاة أو بقر ، ونوعه : لحم شاة ذكر أو أنثى ، خصي أو فحل ، معلوفة أو سائمة ، وسنه : لحم شاة ثني أو جذعة ، وصفته : سمين أو مهزول أو وسط ، وموضعه : من الفخذ أو الكتف أو الجنب ، ومقداره : عشرة أرطال مثلاً . ودليلهم قول النبي ﷺ : « من أسلف فليسلف في كيل معلوم أو وزن معلوم »

---

(١) رواه أبو داود والدارقطني والبيهقي من طريقه ، وفي إسناده ابن اسحق ، وقد اختلف عليه فيه ، ولكن أورده البيهقي في الخلافيات من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وصححه (انظر التلخيص الحبير لابن حجر : ص ٢٣٥) .

(٢) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ٢٩٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٠٧ ، ٢٠٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١٠ ، المغني : ٤ ص ٢٧٨ ، ٢٨٢ .

(٣) المبسوط : ١٢ ص ١٣٣ ، البدائع : ٥ ص ٢١٠ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣٣ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٤ .

وظاهره : إباحة السلم في كل موزون ، ولأنه إذا جاز السلم في الحيوان ، فاللحم أولى [١] .

السلم في السمك :

السلم في السمك عند الجمهور كالسلم في اللحم . وأما عند أبي حنيفة فاختلفت عبارات الروايات ، والصحيح من المذهب : أن السلم يجوز في السمك الصغار ، كيلاً أو وزناً ، ويستوي فيه المالح والطري ، لأن الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ، ولا اختلاف العظم ، بخلاف اللحم .

وأما الكبار ففي ظاهر الرواية : يجوز كيفما كان وزناً [٢] .

السلم في الثياب :

الثياب من العدديات المتفاوتة ، فلا يجوز فيها السلم قياساً عند الحنفية؛ لأنها ليست من ذوات الأمثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ، ويجوز السلم فيها استحسانا إذا بين الجنس والنوع ، والصفة والرقعة « أي القدر من الثخانة والغلظ » والذَّرْع طولاً وعرضاً ، فيلحق بالمثليات لحاجة الناس اليه وتعاملهم به .

وإن كان ثوب حرير فاختلف المشايخ في بيان وزنه ، والأصح قول بعضهم : لابد من بيان وزنه أيضاً ، لأنه مقصود فيه ، وقيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن [٣] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٠٠ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٧٠ ، ٢٠٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١١ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٢٩٨ ، المغني : ٣ ص ٢٨٠ .

(٢) المبسوط : ١٢ ص ١٣٨ ، البدائع : ٥ ص ٢١١ ، فتح القدير : ٥ ص٣٣٣ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٣ .

(٣) المبسوط : ١٢ ص ١٣٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٥٣ ، البدائع : ٥ص ٢٠٩ .

السلم في التبن :

لايجوز عند الحنفية السلم في التبن أوقاراً (أي أحمالاً) لتفاوت فاحش بين الوقرين . ولكن يجوز فيه بقبان معلوم من قبابين التجار ، فلا يكون هناك اختلاف . وذلك يجري في الحطب لايجوز حزماً ، ويجوز وزناً [١] .

السلم في الخبز :

لايجوز السلم في الخبز عدداً بالاتفاق لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الصغر والكبر . وأما وزناً فقد ذكر الكرخي أن السلم في الخبز لايجوز ، للتفاوت الفاحش بين الخبز في النضوج ، فتبقى جهالة مفضية إلى المنازعة .

وفي نوادر ابن رستم : لايجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، وهذا قول الشافعية لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط . ويجوز عند أبي يوسف : إذا شرط ضرباً معلوماً ووزناً معلوماً وأجلًا معلوماً [٢] .

وقال المالكية والحنابلة : يصح السلم في الخبز ونحوه مما أمكن ضبطه ومسته النار ، لأن ظاهر الحديث : « من أسلم فليسلم في كيل معلوم أو وزن معلوم » إباحة السلم في كل مكيل وموزون ومعدود ، ولأن عمل النار فيه معلوم بالعادة ممكن ضبطه بالنشافة والرطوبة ، فصح السلم فيه [٣] .

قرض الخبز : قال أبو حنيفة : لايجوز استقراض الخبز ، كالسلم

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٤١ ، البدائع : ٥ ص ٢٠٩ .
(٢) البدائع : ٥ ص ٢١١ ، المهذب : ١ ص ٢٩٧ .
(٣) المغني : ٤ ص ٢٧٧ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٧٤ .

لا وزناً ولا عدداً . وجوز أبو يوسف القرض فيه وزناً لا عدداً كالسلم .
وجوز محمد استقراض الخبز عدداً ووزناً لحاجة الناس وتعارفهم ذلك ، وإن لم يكن من ذوات الأمثال ، وهذا هو المفتى به عند الحنفية لتعامل الناس وحاجاتهم إليه [١] .

وقال المالكية : يجوز قرض الخبز وزناً وعدداً لحاجة الناس إليه ، والمماثلة في العدد مما يتسامح فيه [٢] .

وقال الشافعية والحنابلة في أصح الوجهين : لايجوز قرض الخبز عدداً ويجوز وزناً لإجماع أهل الأمصار على فعله في الأعصار بلا إنكار [٣]. وقد روت عائشة رضي الله عنها قالت : « قلت : يارسول الله ، إن الجيران يستقرضون الخبز ، والخمير ، ويردون زيادة ونقصاناً ؟ فقال : لابأس إن ذلك من مرافق الناس ، لايراد به الفضل » [٤] .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٢ ص ١٩، الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص ١٩٥ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٢٢ .

(٣) المهذب : ١ ص ٣٠٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١٩ ، المغني : ٤ ص ٣١٩ .

(٤) ذكره أبو بكر النافي باسناده عن عائشة رضي الله عنها ، وفيه أيضاً باسناده عن معاذ بن جبل « أنه سئل عن استقراض الخبز والخمير ؟ فقال : سبحان الله ، إنما هذا من مكارم الأخلاق، فخذ الكبير ، وأعط الصغير ، وخذ الصغير وأعط الكبير ، خيركم أحسنكم قضاء، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك» (انظر المغني: ٤ ص ٣١٩).

المطلب الرابع

حكم السلم

مقتضى السلم : أنه يثبت الملك في المسلم فيه لرب السلم ، مؤجلًا ، بمقابلة ثبوت الملك في رأس المال المعين أو الموصوف في الذمة للمسلم إليه .

وقد أجيز ذلك بطريق الرخصة دفعاً لحاجة الناس ، ولكن بالشرائط المخصوصة التي ذكرناها والتي هي ليست مشروطة في عقد البيع .

المطلب الخامس

أوجه الاختلاف بين البيع والسلم

يترتب على الشروط الخاصة بعقد السلم : أن يختلف السلم عن البيع من وجوه :

١ ـ استبدال رأس مال السلم والمسلم فيه في مجلس العقد :

وهو أن يأخذ برأس مال السلم شيئاً من غير جنسه . وفي ذلك قال الحنفية : لايجوز الاستبدال برأس مال السلم قبل القبض . أما الثمن فيجوز استبداله إذا كان ديناً ، لأن قبض رأس المال شرط في السلم ، وبالاستبدال لايحصل القبض حقيقة ، لأن المسلم إليه يقبض بدل رأس المال حينئذ ، وبدل الشيء غيره . أما الثمن في البيع فلا يشترط قبضه ، والبدل يقوم مقامه معنى . كذلك لايجوز الاستبدال ببدلي الصرف ، لأن قبضها شرط حقيقة .

وأما استبدال المسلم فيه : فلا يجوز أيضاً قبل القبض كاستبدال المبيع المعين ، لأن المسلم فيه مبيع منقول ، وإن كان ديناً ، وبيع المبيع المنقول قبل القبض لايجوز [١] .

وإذا انفسخ عقد السلم أو تقايل العاقدان السلم : فلا يجوز الاستبدال برأس مال السلم الموجود مع المسلم إليه : أي أنه لايجوز لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه شيئاً برأس المال حتى يقبضه كله ، وهذا قول علماء الحنفية الثلاثة أخذاً بالاستحسان ، لقوله عليه السلام : « لاتأخذ إلا

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠٣ .

سلمك ، أو رأس مالك »[١] أي عند الفسخ ، ولأن الاقالة بيع جديد في حق شخص ثالث غير العاقدين — والثالث هنا هو الشرع . ويعتبر رأس المال : هو المبيع ، وإذا ثبت تشابه رأس المـــال والمبيع ، فالمبيع لايجوز التصرف فيه قبل القبض ، فكذا ما أشبهه .

والقياس أن يجوز الاستبدال برأس المال بعد الاقالة أو بعد انفساخ السلم ، سواء أكان رأس المال عيناً أو ديناً أي نقداً ، وهو قول زفر لأن رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه ، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهـذا الدين ، ويرد عليـه بالحديث والمعقول السابقين [٢] .

واتفقوا على أن الاستبدال ببدلي الصرف بعـد الاقالة قبل القبض : جائز لأن بدل الصرف لايتعين بالتعيين ، فلو تبايعا دراهم بدنانير جـاز استبدالها قبل القبض بأن يمسكا ما أشارا إليه في العقد ، ويؤديا بدله قبيل الافتراق من مجلس الاقالة .

واتفقوا على أن قبض رأس المـــال بعد الاقالة في السلم في مجلس الاقالة : ليس بشرط لصحة الاقالة ، لأن عقـد الاقالة ليس في حـكم إنشاء عقد السلم من كل وجه ، لأن اشتراط القبض في عقـد السلم في مجلس العقد كان للاحتراز عن بيـع الكالىء بالكالىء (أي الدين بالدين) والمسلم فيه سقط بالاقالة ، فلم يصبح لازماً على المسلم إليه ، فلا يتحقق فيه بيـع الدين بالدين ، فلا يشترط القبض [٣] .

---

(١) نص الحديث كما رواه الدارقطني عن ابن عمر هو « من أسلف في شيء فلا يأخذ إلا ما أسلف أو رأس ماله » قال ابراهيم بن سعيد : « فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله » (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها ، نصب الراية : ٤ ص ٥١) .

(٢) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٣٤٦ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٨ ومابعدها .

(٣) فتح القدير ، المرجع السابق ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٩ .

أما في الصرف فيشترط القبض لصحة الاقالة ، لأنه إذا اعتبرنا الاقالة بيعاً جديداً ، كما يقول أبو يوسف ، فالتعليل ظاهـــر ، وإذا اعتبرنا الاقالة فسخاً في حق العاقدين ، كما يقول أبو حنيفـة فهي في تقدير الشرع بيع ، لأن أبا حنيفة يقول : هي بيـع جديد في حق غير العاقدين ، وإذا كانت الاقالة بيعاً فيجب قبض البدلين منعاً من الوقوع في محظور بيـع الدين بالدين [١] .

واتفقوا على أن السلم إذا كان فاسداً منذ نشأته ، فلا بأس بالاستبدال فيه قبل القبض ، إذ ليس له حكم السلم ، فيجوز الاستبدال، كما في سائر الديون .

٢ - إقالة بعض السلم :

إذا أخذ رب السلم بعض رأس ماله وبعض المسلم فيـه بعد حلول الأجل أو قبله برضا صاحبه ، فإنه يجوز ، ويكون إقالة للسلم فيما أخـذ من رأس المال ويبقى السلم في الباقي ، وهذا قول جمهور العلماء ؛ لأن أخذ رأس المال إقالة ، ولو أقاله في الكل جاز ، فكذلك إذا أقال في البعض يجوز أيضاً ، كما في بيـع العين . والاقالة كما هو معروف : فسخ للعقد ورفـع له من أصله ، وليست بيعاً على الراجـح .

وقال الامام مالك والقاضي ابن أبي ليلى : لايجوز ذلك ويفسد العقد ويسترد رب السلم ما بقي من رأس المال لقوله ﷺ : « لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » فإذا أخذ بعض كل واحد منهما فلم يأخذ لا هذا ولاذاك ولأنه حين أخذ بعض رأس المال،فقد اختار فسخ العقد ، فينفسخ في الكل [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٢١٩ ، ٢٤٥ .

(٢) المبسوط : ١٢ ص ١٣٠ ، المنتقى على الموطأ : ٤ ص٣٠٢ ، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٢٢٥ ، المهذب: ١ ص ٣٠٢ ، المغني: ٤ ص ٣٠٣ .

ورد الجمهور على الحديث بأن المراد به النهي عن أخذ شيء آخر سوى رأس المال والمسلم فيه .

وأما البيع فإنه إذا أقاله العاقدان في البعض دون البعض فيجوز بالاتفاق .

واتفقوا على أنه لو أخذ رب السلم جميع رأس المال ، برضا صاحبه أو أقال جميع السلم أو تصالحا على رأس المال ، فإنه يكون إقالة صحيحة ، وينفسخ السلم به .

ولو أخذ رب السلم بعض رأس المال قبل حلول الأجل ليعجل باقي السلم ، فإنه لايجوز هذا الشرط ، وتصح الاقالة عند أبي حنيفة ومحمد ، لأن هذا الشرط يصبح في معنى المعاوضة عن الأجل فهو شرط فاسد ، والاقالة لاتبطل بالشروط الفاسدة ، لأنها فسخ عندهما ، فتصح ويبطل الشرط ، بخلاف البيع ، فإنه يتأثر بالشروط الفاسدة ، لأن الشرط الفاسد فيه يؤدي إلى الربا ، أما الاقالة فلأنها رفع البيع فلا يتصور فيها ربا .

وعند أبي يوسف : تبطل الإقالة بهذا الشرط الفاسد ، ويظل السلم كله باقياً إلى أجله ، لأن الإقالة عنده بيع جديد ، والبيع يبطل بالشرط الفاسد لتمكن الربا فيه [١]. وسيأتي في بحث الإقالة أدلة كل منهم على تكييف الإقالة : هل هي فسخ أم بيع .

٣ ـ الابراء عن رأس المال :

لا يجوز للمسلم إليه إبراء رب السلم عن رأس المال بدون قبوله ورضاه ، فإذا قبل صح الإبراء ، ولكن يبطل السلم ، لأنه يترتب عليه عدم قبض رأس المال ، بسبب الإبراء . واذا رفض رب السلم الإبراء بقي عقد السلم صحيحاً .

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٧ ، تحفة الفقهاء : ٢ ص ٢١ ، الطبعة القديمة .

أما البيع : فلو أبرأ البائع المشتري عن ثمن المبيع فيصح من غير قبول إلا أنه يرتد بالرد ، لأن في الإبراء معنى التمليك على سبيل التبرع ، وذلك لايلزم دفعاً لضرر المنة .

والفرق بين السلم والبيع : أن قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع. وقبض رأس المال في المجلس شرط لصحة عقد السلم ، فلو صح الإبراء من غير قبول الطرف الآخر ،لانفسخ عقد السلم من غير رضا صاحبه ، وهذا لايجوز ، لأن أحد العاقدين لاينفرد بفسخ العقد ، فلا يصح الإبراء ، بخلاف الثمن : لايترتب على الإبراء منه فسخ البيع لأن قبضه ليس بشرط .

أما لو أبرأ رب السلم عن المسلم فيه ، فيجوز من غير قبول المسلم إليه ، لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط ، فيصح من غير قبول ، لأن الإبراء عن دين لايجب قبضه شرعاً إسقاط لحق المبرىء لاغير ، فيملك ذلك .

وأما الإبراء عن المبيع فلا يصح ، لأنه عين ، والإبراء إسقاط ، وإسقاط الأعيان لايعقل [1] .

٤ ــ الحوالة والكفالة والرهن برأس المال وبالمسلم فيه :

تجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر ، والكفالة به ، والرهن به وكذا بالمسلم فيه أيضاً عند جمهور الحنفية لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠٣ . توضيح ذلك أن الفقهاء وضعوا قاعدة وهي : « أن ملكية الأعيان لاتقبل الإسقاط ، وإنما تقبل النقل » فلو أسقط أحد ملكيته عن شيء مملوك له لاتسقط وتبقى ملكاً له. وقد بنوا على ذلك عدم صحة الإبراء عن الأعيان لما في الإبراء من معنى الإسقاط مشوباً بمعنى التمليك ، فلو كان لأحد عند آخر شيء مغصوب أو مودع فأبرأه عنه لايصح الإبراء ويبقى الشيء لصاحبه (المدخل الفقهي للاستاذ الزرقاء : ف ١٢٣) .

وعند زفر يجوز بالمسلم فيه ولا يجوز برأس المال ، لأن عقود الكفالة والحوالة والرهن شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس ، ورأس المال لايتأخر ، فلا يتحقق ما شرع له العقد ، فلا يصح . ورد عليه بأن معنى التوثيق يحصل في الحقين جميعاً ، فجاز العقد فيهما .

وكذلك في البيع تجوز الحوالة والكفالة والرهن بالثمن والمبيع إلا أن الفرق بين السلم والبيع هو في حالة افتراق العاقدين في السلم بدون قبض كما سنبين .

ففي عقد السلم : يجب أن يقبض المسلم إليه رأس المال من المحال عليه ، أو من الكفيل أو من رب السلم أو يهلك الرهن قبل أن يتفرق العاقدان عن المجلس ، بشرط أن تكون قيمة الرهن مثل رأس المال أو أكثر ، لأن حق المسلم إليه ينتقل حينئذ إلى قيمة الرهن ، فإذا كانت هذه القيمة تساوي رأس المال أو تزيد عنه ، فيحصل افتراق العاقدين بعد أن يتم قبض رأس المال ، لأن قبض الرهن قبض استيفاء ، لأنه قبض مضمون على المرتهن سواء تعدى أو قصر أو لم يتعد ولم يقصر ، وبالهلاك تقرر الضمان عليه ، فتحدث مقاصة بين المرتهن والراهن أي بين المسلم إليه ورب السلم هنا . ويترتب على ذلك أنه يحدث الافتراق بينهما بعد قبض رأس المال .

فإن كانت قيمة الرهن أقل من رأس المال تم العقد بقدر ذلك ويبطل في الباقي .

وإذا افترق رب السلم والمسلم إليه قبل القبض بطل السلم حتى ولو بقي المحال عليه والكفيل مع المسلم إليه ، أما لو بقي المسلم إليه مع رب السلم ، وذهب المحال عليه والكفيل فلا يبطل السلم لأن العبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما ، لأن القبض من حقوق العقد ، والعقد أساسه العاقدان .

وكذلك في الرهن : إذا لم يهلك حتى تفرق المتعاقدان ، يبطل السلم لعدم قبض رأس المال ، وعلى المسلم إليه رد الرهن على صاحبه .

وكل ماذكرناه في السلم هنا يجري في عقد الصرف .

هذا بالنسبة لرأس المال .

أما بالنسبة للمسلم فيه فإن المحيل يبرأ بنفس عقد الحوالة ويكون تسليم المسلم فيه واجباً على المحال عليه إذا حل الأجل ، وحينئذ يطالب رب السلم المحال عليه بالتسليم دون المحيل .

وفي الكفالة يكون رب السلم بالخيار : إن شاء طالب الأصيل ، وإن شاء طالب الكفيل .

وفي الرهن : لرب السلم أن يحبس المرهون حتى يأخذ المسلم فيه [1] .

٥ ـ قبض رأس المال مشوباً :

إذا قبض المسلم إليه رأس المال ، فوجده مشوباً ، كأن يجده زيوفاً أو نبهرجة ، أو مستحقاً أو ستوقة [2] أو معيباً : فإما أن يصدقه رب السلم أو يكذبه :

آ ـ **فان صدقه رب السلم** : فله حق الرد ، ثم لايخلو إما أن

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٥١ وما بعدها ، البدائع ٥ ص ٢٠٣ ومابعدها .

(٢) الدراهم أربعة أنواع : جياد ، ونبهرجة ، وزيوف ، وستوقة . واختلفوا في تفسير النبهرجة فقيل : هي التي تضرب في غير دار السلطان . والزيوف : هي المغشوشة. والستوقة : نحاس مموه بالفضة . وقال عامة المشايخ : الجياد فضة خالصة تروج في التجارات ، وتوضع في بيت المال . والزيوف : مازيفه بيت المال أي رده ، ولكن تأخذه التجار في التجارات ، ولا بأس بالشراء بها ، ولكن يبين للبائع أنها زيوف . والنبهرجة : مايرده التجار ، والستوقة : أن يكون الطاق الأعلى فضة والأسفل كذلك وبينهما نحاس ، وليس لها حكم الدراهم . وهكذا : فالزيوف أجود ، ثم النبهرجة ، ثم الستوقة (رد المحتار : ٤ ص ٢٢٨) .

يكون رأس المال عيناً وهو مايتعين بالتعيين ، أو ديناً : وهو مالا يتعين بالتعيين :

١ - **فان كان عيناً** : فوجده المسلم إليه مستحقاً [١] أو معيباً : فإن أجاز المستحق جاز العقد ، وإلا بطل ، وإن رضي المسلم إليه بالعيب جاز العقد ، وإلا بطل أي (السلم) ، سواء أكان ذلك قبل افتراق العاقدين أو بعده. وسبب بطلانه : أنه انتقض [٢] القبض فيه بالاستحقاق أو الرد بالعيب ، ولا يمكن إقامة شيء عن غير رأس المال مقامه ، لأنه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال في المجلس ، فيبطل السلم .

وأما في حال إجازة العقد فلأنه تبين أن قبضه وقع صحيحاً ، فحصل الافتراق عن قبض رأس المال [٣] .

٢ - **وأما إذا كان رأس المال دينا**: فقبضه المسلم إليه فوجده مشوباً ، فإما أن يجد ذلك في مجلس السلم أو بعد الافتراق :

أولاً : إن وجد ذلك في مجلس السلم :

١ - فإن وجد ذلك مستحقاً : فإن صحة القبض موقوفة على إجازة المستحق : إن أجاز جاز ، وإن لم يجز بطل .

٢ - وإن وجده ستوقة أو رصاصاً : فلا يجوز العقد وإن قبل به ، لأنه ليس من جنس حقه، إذ هو ليس من جنس الدراهم ، فيكون استبدالاً برأس المال قبل القبض كما لو استبدل ثوباً من رب السلم مكان الدراهم ،

---

(١) استحقاق المبيع : هو أن يظهر أن المبيع مملوك كله أو بعضه لغير البائع ، كما لو ظهر أن المبيع وقف ومثل ذلك استحقاق رأس المال (عقد البيع للاستاذ الزرقاء: ص ٩٧) .

(٢) أي لم يتحقق القبض المشروط في عقد السلم بسبب ظهور استحقاق رأس المال لغير رب السلم .

(٣) البدائع : ٥ ص ٢٠٤ .

وهو لايجوز كما عرفنا . وإن لم يقبل به ، ورده وقبض شيئاً آخر مكانه جاز العقد لأنه لما رده ، وانتقض قبضه ، جعل كأن لم يكن ، وكأنه أخر القبض إلى آخر المجلس .

٣ — وإذا وجده زيوفاً أو نبهرجة : فإن قبل به جاز العقد ، لأن الزيوف من جنس حقه ، لأنها دراهم ، لكنها معيبة بالزيافة ، وفوات صفة الجودة ، فإن رضي بها فقد أبرأ رب السلم عن العيب ورضي بقبض حقه مع النقصان .

وإن ردها ، واستبدل شيئاً مكانها في مجلس العقد جاز ، لأنه وجد مثل حقه في المجلس ، فكان القبض متأخراً [١] .

ثانياً : وإن وجده مشوباً بعد الافتراق عن المجلس :

١ — فإن وجد ذلك مستحقاً : فالقبض موقوف على إجازة المستحق إن أجاز جاز ، وإن رد بطل السلم .

٢ — وإن وجد رأس المال ستوقة أو رصاصاً : بطل السلم ، لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم ، لأنها لاتروج في معاملات الناس ، فلم تكن من جنس حقه أصلاً ووصفاً ، فقد حصل الافتراق عن المجلس بدون قبض رأس المال ، فيبطل السلم ، ولا يعود جائزاً بالقبض بعد المجلس .

٣ — وإذا وجد ذلك زيوفاً أو نبهرجة : فإن تجوز أي قبل المسلم إليه ، فالسلم ماض على الصحة ، لأن الزيوف من جنس حقه ، لأنها دراهم ، لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة ، فإذا رضي بها ، فقد رضي بقبض حقه مع النقصان .

وإن لم يتجوز بها أي لم يقبلها وردها ، فاتفق علماء الحنفية على أنه إن لم يستبدلها في مجلس الرد ، بطل السلم بقدر ما رد .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠٤ وما بعدها .

فأما إذا استبدل مكانها جياداً في مجلس الرد : فالقياس أن يبطل السلم بقدره قل المردود أو كثر ، وبه أخذ أبو حنيفة وزفر ، لأن الزيوف من جنس حق المسلم إليه أصلاً لا وصفاً ، ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه في الوصف ، فكان حقه في الأصل والوصف جميعاً ، فإذا لم يتوفرا ولم يرض بما قبض ، تبين أنه لم يقبض حقه ، فيبطل السلم .

والاستحسان : أن لايبطل السلم وهو قول الصاحبين ، لأن قبض الزيوف وقع صحيحاً ، لأنه قبض جنس الحق ، بدليل أنه لو تجوز بها جاز إلا أنه فاتته صفة الجودة بالزيافة ، والمعيب لايمنع صحة القبض ، وقد أجيز استبداله في مجلس الرد ، لأن للرد شبهاً بالعقد ، فألحق مجلس الرد بمجلس العقد (١) .

هذا إذا وجد المسلم إليه كل رأس المال زيوفاً أو نبهرجة : فإن وجد بعضه دون بعض فاستحسن أبو حنيفة في حالة استبدال جياد مكانه في مجلس الرد : أنه إذا كان قليلاً فرده واستبدل في ذلك المجلس ، فالعقد ماض في الكل ، وإن كان كثيراً بطل العقد بقدر المردود ، لأن الزيافة في القليل مما لايمكن التحرز عنه (٢) .

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في **الحد الفاصل بين القليل والكثير** والأصح منها : أن الثلث فصاعداً في حكم الكثير ، وما دونه في حكم القليل (٣) .

هذا مايتعلق بحكم رأس المال .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٠٥ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٠٦ .

(٣) تحفة الفقهاء : ٢ ص ٢٧ .

واما حكم المسلم فيه فهو : إذا وجد رب السلم بالمسلم فيه عيباً ، بعد ما قبضه ، فإن له خيار العيب إن شاء تجوز به ، وإن شاء رده وأخذ المسلم فيه غير معيب ، لأن حقه في السليم دون المعيب [١] ولكن خيار الرؤية وخيار الشرط لايثبتان في السلم ، كما سبق ذكره .

ب — وأما إذا كذب رب السلم المسلم إليه :

وأنكر أن تكون الدراهم التي جاء بها من دراهمه التي أعطاها ، وادعى المسلم إليه أنها من دراهمه ، فهذا لايخلو من ستة أوجه :

إن كان المسلم إليه أقر بالقبض قبل النزاع ، فقال : قبضت الجياد أو قبضت حقي أو قبضت رأس المـــال أو استوفيت الدراهم ، أو قبضت الدراهم ، أو قال : « قبضت » ولم يقل شيئاً آخر .

١ — ففي الحالات الأربعة الأولى : لاتسمع دعواه بعد ذلك أنه وجده زيوفاً ، ولم يكن له حق استحلاف رب السلم بالله « أنها ليست من الدراهم التي قبضها منه » لأنه بإقراره بقبض الجياد يصير متناقضاً في دعواه ، والمناقضة تمنع صحة الدعوى ، والحلف يكون في الدعوى الصحيحة .

٢ — وأما اذا قال المسلم اليه : « قبضت الدراهم » ثم قال : « هي زيوف » فالقياس أن يكون القول قول رب السلم : « انها ليست من دراهمه » مع يمينه على ذلك ، وعلى المسلم اليه البينة أنها من الدراهم التي قبضها منه ، لأن المسلم اليه يدعي أنها مقبوضة مع العيب ، ورب السلم ينكر أنها مقبوضة ، أو أنها التي قبضها منه ، فيعتبر قول المنكر بيمينه .

وفي الاستحسان : القول قول المسلم اليه مع يمينه ، وعلى رب السلم

(١) المرجع السابق .

البينة أنه أعطاه الجياد لأن رب السلم بإنكاره أنها ليست من دراهمه يدعي ايفاء حقه ، وهو الجياد ، والمسلم اليه بدعواه أن هـذه الدراهم زيوف ينكر قبض حقه ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه لم يقبض حقه وعلى المدعي البينة أنه أوفاه حقه .

وهذا هو مقتضى القياس في الحالات الأربعة الأولى ، الا أنه هناك سبق منه مايناقض دعواه : وهو الاقرار بالجياد وههنا لم يسبق منه شيء مناقض ، لأن ذكر قبض الدراهم يقع على الزيوف والجيـاد بخلاف الحالات الأولى .

٣ — واذا قال المسلم اليه : « قبضت » لاغير ، ثم قال : « وجدته زيوفاً » يكون القول قوله ، كما قررنا في الحالة السابقة .

الا أن ههنا اذا قال : « وجدته ستوقة أو رصاصاً » فإنه يصدق ، بخلاف ما اذا قال : « قبضت الدراهم » ثم قال : « وجدتها ستوقة أو رصاصاً » فانه لايقبل قوله ، لأن في قوله : « قبضت » اقراراً بمطلق القبض والستوقة تقبض ، فاذا قال : « ماقبضته ستوقة » لايكون مناقضاً دعواه ، وفي قوله : « قبضت الدراهم » يصير مناقضاً لقوله : « قبضت الستوقة والرصاص » لأنه خلاف جنس الدراهم [١] .

---

(١) تحفة الفقهاء : ٢ ص ٢٨ ومابعدها ، وقد نقلنا ذلك منها دون تعديل لإيفائه بالغرض مع بساطة العبارة .

- ٢ -

عقد الاستصناع

نتكلم في عقد الاستصناع على تعريفه ومشروعيته وشروطه وصفته وحكمه :

تعريف الاستصناع : هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة أي العقد على شراء ماسيصنعه الصانع . ويقال للمشتري : « مستصنع » وللبائع : « صانع » وللشيء : « مصنوع » وذلك كاتفاق شخصين على صنع أحذية أو آنية أو « موبيليا » ونحو ذلك [١] .

وهو عقد يشبه السلم ، لأنه بيع المعدوم ، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع ، ولكنه يفترق عنه من حيث إنه لا يجب فيه تعجيل الثمن ، ولا بيان مدة للصنع والتسليم ، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق .

ويشبه الإجارة أيضاً لكنه يفترق عنها من حيث إن الصانع يضع مادة الشيء المصنوع من ماله .

والأصح عند الحنفية : أنه بيع لا وعد ببيع ولا إجارة ، وأن المعقود عليه هو العين الموصى بصنعها ، لا عمل الصانع ، أي ليس إجارة على العمل ، فلو أتى الصانع بما لم يصنعه هو ، أو صنعه قبل العقد وفقاً للأوصاف المشروطة ، جاز ذلك [٢] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٥٤ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١٢٢ .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٣٥٥ ، البدائع : ٥ ص ٢ ، ٢٠٩ ، رد المحتار : ٤ ص ٢٢٢ ، عقد البيع للأستاذ الزرقاء : ص ١٢٢ ومابعدها .

مشروعيته : مقتضى القياس أن لا يجوز الاستصناع ، لأنه بيع المعدوم كالسلم ، وبيع المعدوم لايجوز ، لنهيه ﷺ عن بيع ماليس عند الإنسان .

ويجوز استحسانا لتعامل الناس في ذلك في سائر الأعصار من غير نكير ، فكان إجماعاً منهم على الجواز ، فيترك القياس [١] وقد قال عليه السلام : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » [٢] وقال ابن مسعود : « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » [٣] .

شروطه : يشترط لجواز الاستصناع شرائط منها :

١ - بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته ، لأنه مبيع ، فلا بد وأن يكون معلوماً ، والعلم يحصل بذلك .

٢ - أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٣٨ ومابعدها ، البدائع : ٥ ص ٢ ، ٢٠٩ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٥٥ .

(٢) رواه أحمد في مسنده والطبراني في الكبير وابن أبي خيثمة عن أبي بصرة الغفاري مرفوعاً في حديث : « سألت ربي أن لاتجتمع أمتي على ضلالة فأعطانيها » ورواه ابن ماجه عن أنس مرفوعاً بلفظ « إن أمتي لاتجتمع على ضلالة » وله روايات كثيرة (راجع مجمع الزوائد : ١ ص ١٧٧ ، ٥ ص ٢١٨ ، المقاصد الحسنة للسخاوي : ص ٤٦٠) ، قال الحوت البيروتي في (أسنى المطالب) : ص ٢٥٢ ، فيه اضطراب وخلاف في صحته ، وقد أخذ به الفقهاء ، وجعلوه دليل الإجماع .

(٣) قال الزيلعي : غريب مرفوعاً ، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود ، وله طرق : رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير . وقال الهيثمي : ورجاله موثقون . ورواه أيضاً أبو داود والبيهقي ، وهو مروي كذلك عن ابن عباس (راجع نصب الراية : ٤ ص ١٣٣ ، المقاصد الحسنة : ص ٣٦٧ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧٧) .

وأحذية وأمتعة الدواب ونحو ذلك ، ولا يجوز الاستصناع في الثياب لعدم تعامل الناس به .

٣ — أن لايكون فيه أجل : فإن حدد أجل لتسليم المصنوع ، انقلب العقد سلماً عند أبي حنيفة ، حتى تشترط فيه شرائط السلم ، مثل قبض البدل في المجلس ، وأنه لا خيار لأحد العاقدين إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في العقد . ودليله : أن العاقد إذا حدد أجلاً فقد أتى بمعنى السلم ، والعبرة في العقود لمعانيها ، لا لصور الألفاظ . ولهذا إذا حدد أجل فيما لايجوز الاستصناع فيه كأن يستصنع حائكاً أو خياطا لينسج له أو يخيط قميصاً بغزل نفسه ينقلب العقد سلماً بالاتفاق .

وقال الصاحبان : ليس هذا بشرط ، والعقد استصناع على كل حال حدد فيه أجل أو لم يحدد ، لأن العادة جارية بتحديد الأجل في الاستصناع [(١)] .

صفة عقد الاستصناع : هو عقد غير لازم قبل الصنع ، وبعد الفراغ من الصنع ، ولكل من العاقدين الخيار في إمضاء العقد أو فسخه والعدول عنه قبل رؤية المستصنع للشيء المصنوع ، فلو باع الصانع المصنوع قبل أن يراه المستصنع جاز ، لأن العقد غير لازم والمعقود عليه ليس هو عين المصنوع وإنما مثله في الذمة .

فإذا جاء الصانع بالشيء المصنوع الى المستصنع فقد سقط خياره لأنه رضي بكونه للمستصنع ، حيث جاء به إليه .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٥٥ ، رد المحتار : ٤ ص ٢٢٣ ، المبسوط : ١٢ ص ١٣٩ .

وحينئذ إذا رآه المستصنع فله الخيار : إن شاء أخذه، وإن شاء تركه، وفسخ العقد عند أبي حنيفة ومحمد ، لأنه اشترى شيئاً لم يره ، فكان له خيار الرؤية ، بخلاف الصانع فهو بائع مالم يره ، فلا خيار له ·

وقال أبو يوسف : العقد لازم إذا رأى المستصنع المصنوع ، ولا خيار له ، إذا جاء موافقاً للطلب والشروط ، لأنه مبيع بمنزلة المسلم فيه فليس له خيار الرؤية ، لدفع الضرر عن الصانع في إفساد المواد المصنوعة التي صنعها وفقاً لطلب المستصنع ، وربما لا يرغب غيره في شرائه على تلك الصفة. ورد ذلك بأن ضرر المستصنع بإبطال الخيار له أكثر من ضرر الصانع ، إذ لايتعذر عليه بيع المصنوع علي أية حال [١] .

حكم الاستصناع : أما حكمه في حق المستصنع إذا أتى الصانع بالمصنوع على الصفة المشروطة : فهو ثبوت الملك غير لازم في حقه ، حتى يثبت له خيار الرؤية إذا رآه : إن شاء أخذه وإن شاء تركه ·

وأما في حق الصانع : فحكمه ثبوت الملك اللازم إذا رآه المستصنع ورضي به ولا خيار له ، وهذا في ظاهر الرواية [٢] .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١٣٩ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٥٦ ، البدائع : ٥ص ٣ ، ٢١٠ ، رد المحتار : ٤ ص ٢٢٣ .

(٢) المراجع السابقة .

- ٣ -

عقد الصرف

الصرف لغة : الزيادة ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفا ، قال ﷺ: « من انتمى الى غير أبيه لايقبل الله منه صرفا ولا عدلا » أي لانفلًا ولا فرضاً [١] .

وشرعاً : هو بيع الثمن بالثمن جنسا بجنس أو بغير جنس : أي بيع الذهب بالذهب ، أو الفضة بالفضة أو الذهب بالفضة ، مصوغاً أو نقداً [٢]. وشرائطه إجمالا أربعة : التقابض قبل افتراق المتعاقدين ، والتماثل ،

(١) وقال صاحب القاموس : الصرف في الحديث: التوبة ، والعدل : الفدية . وهذا الحديث رواه الطبراني عن عمرو بن عوف ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من تولى غير مواليه فعليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة لايقبل الله منه صرفا ولا عدلاً ومن أحدث حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله وغضبه يوم القيامة ، لايقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً» قال الهيثمي : وفيه كثير بن عبد الله ، والجمهور على تضعيفه ، وقد حسن له الترمذي حديثاً (انظر مجمع الزوائد : ٦ ص ٢٨٥) ورواه الطبراني أيضاً عن خارجة بن عمرو الجمحي بلفظ « من ادعى الى غير أبيه أو تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين ، لايقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً يوم القيامة » وفيه عبد الملك بن قدامة الجمحي وثقه ابن معين ، وضعفه الناس (مجمع الزوائد : ٤ ص ٢١٤) وراجع خطبة حجة الوداع . وقد ورد في معناه أحاديث كثيرة منها : مارواه أبو داود عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :« من ادعى الى غير أبيه أو انتمى الى غير مواليه فعليه لعنة الله المتتابعة الى يوم القيامة » (راجع فيض القدير شرح الجامع الصغير : ٦ ص ٤٦ ، مجمع الزوائد : ١ ص ٩٧) .

(٢) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٣٦٨ ، البدائع : ٥ ص ٢١٥ ، رد المحتار : ٤ ص ٢٤٤ .

وأن لايكون فيه خيار ولا تأجيل .

١ — التقابض قبل الافتراق بالأبدان بين المتعاقدين : يشترط في عقد الصرف قبض البدلين جميعاً قبل مفارقة أحد المتصارفين للآخر افتراقاً بالأبدان ، منعاً من الوقوع في ربا النسيئة ، ولقوله ﷺ : « الذهب بالذهب مثلًا بمثل ،يداً بيد ، والفضة بالفضة مثلًا بمثل ، يداً بيد »[١] وقوله ﷺ: « لا تبيعوا منها غائبا بناجز »[٢] فإن افترق المتعاقدان قبل قبض العوضين أو أحدهما ، بطل العقد ، لفوات شرط القبض ولئلا يصير العقد بيعاً للكالىء بالكالىء أي الدين بالدين فيحصل الربا : وهو الفضل في أحد العوضين[٣] ، والتقابض شرط سواء اتحد الجنس او اختلف .

٢ — التماثل : إذا بيع الجنس بالجنس كفضة بفضة ، أو ذهب بذهب ، فلا يجوز إلا مثلًا بمثل وزناً ، وإن اختلفا في الجودة والصياغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة[٤] لقوله ﷺ في

---

(١) رواه الجماعة إلا البخاري من حديث عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثــلًا بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ، وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد » ، (راجع نصب الراية : ٤ ص ٤) .

(٢) لهذا اللفظ رواية عند مالك في الموطأ عن عمر رضي الله عنه قال : « لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ، ولاتبيعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر ناجز » وقد ورد نص الحديث عند أحمد والشيخين عن أبي سعيد الخدري بلفظ « لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلًا بمثل ولا تُشفّوا (أي لاتفضلوا) بعضها على بعض ، ولاتبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ، ولاتشفوا بعضها على بعض ، ولاتبيعوا منها غائباً بناجز » (راجع نصب الراية : ٤ ص ٥٦ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٩٠) .

(٣) المراجع السابقة ، فتح القدير : ص ٣٦٩ - ٣٧١ .

(٤) المراجع السابقة ، فتح القدير : ص ٣٦٩ ، البدائع : ص ٢١٦ ، رد المحتار : ص ٢٤٥ .

الحديث السابق : « الذهب بالذهب مثلا بمثل » أي يباع الذهب بالذهب مثلا بمثل في القدر ، لا في الصفة ، لقــوله عليه السلام : « جيدها ورديئها سواء » (١)

٣ – أن لا يكون فيه خيار شرط : لا يجوز في عقد الصرف اشتراط الخيار لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، لأن القبض في هـذا العقد شرط . وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الخلاف الذي ذكرناه في مبحثه ، وذلك يخل بالقبض المشروط : وهو القبض الذي يحصل به التعيين ، فلو شرط هذا الخيار فسد العقد . ولو أسقط صاحب الخيار خياره في المجلس ، ثم افترق المتعاقدان عن تقابض ، ينقلب العقد إلى الجواز ، خلافا لزفر ، فإذا بقي الخيار حتى افترقا تقرر الفساد .

هذا بخلاف خيـار الرؤية والعيب ، فإن كلًّا منهما لا يمنع ثبوت الملك في المبيـع ، فلا يمنع تمام القبض ، فلو افترق العاقدان ، وفي الصرف خيار عيب أو رؤية جاز ، إلا أنه لا يتصور في بيـع النقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد ينعقد على مثلها ، لا عينها (٢) .

٤ – أن لا يكون فيه أجل : يشترط أن يكون عقد الصرف خالياً

---

(١) قال الزيلعي عن هذا الحديث : غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري الذي أخرجه مسلم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلًا بمثل ، يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الآخذ والمعطي فيه سواء » (راجع نصب الراية : ٤ ص ٣٦) .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٦٧ ، البدائع : ٥ ص ٢١٩ الدر المختار : ٤ ص ٢٤٦ .

عن الأجل لكل من المتعاقدين أو لأحدهما ، وإلا فسد الصرف ، لأن قبض البدلين مستحق قبل الافتراق ، كما عرفنا ، والأجل يؤخر القبض ، فيفسد العقد ، فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل الافتراق ، ونفذ ما عليه ، ثم افترقا عن تقابض ، ينقلب العقد جائزاً خلافاً لزفر [١] .

ويلاحظ أن الشرطين الأخيرين متفرعان عن شرط القبض .

---

(١) المراجع السابقة .

- ٤ -

الرّبا

خطة الموضوع :

سنقصر كلامنا في الربا الذي هو أحد أنواع البيوع المنهي عنها قطعاً على ما يأتي :

المطلب الأول – تعريف الربا وأدلة تحريمه

المطلب الثاني – أنواع الربا

المطلب الثالث – مذاهب الفقهاء في علة الربا

المطلب الرابع – أثر الاختلاف في علة الربا

المطلب الأول

تعريف الربا وأدلة تحريمه

الربا في اللغة : الزيادة ، قال الله تعالى : « فإذا أنزلنا عليها الماء اهتزت وربت » أي زادت ونمت ، وقال سبحانه : « أن تكون أمة هي أربى من أمة » أي أكثر عدداً يقال : « أربى فلان على فلان » أي زاد عليه [١] .

وهو في الشرع : الزيادة في أشياء مخصوصة ، وهذا تعريف الحنابلة . وعرفه في الكنز عند الحنفية بأنه : فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال . ويقصد بذلك فضل مال ولو حكماً ، فيشمل التعريف حينئذ ربا النسيئة والبيوع الفاسدة ، باعتبار أن الأجل في أحد العوضين فضل حكمي بلا عوض مادي محسوس ، والأجل يبذل بسببه عادة عوض زائد [٢] .

والربا محرم بالقرآن والسنة والاجماع .

أما القرآن : فقوله تعالى : « وأحلّ الله البيع وحرم الربا » ، « الذين يأكلون الربا لا يقومون إلا كما يقوم الذي يتخبطه الشيطان من المس » .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١ ، نهاية المحتاج : ٣ ص ٣٩ .

(٢) رد المحتار : ٤ ص ١٨٤ .

وأما السنة : فقوله ﷺ : « اجتنبوا السبع الموبقات — وذكر منها آكل الربا » [١] وروى ابن مسعود رضي الله عنه قال : « لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وشاهده وكاتبه » [٢] وروى الحاكم عن ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « الربا ثلاثة وسبعون بابا أيسرها مثل أن ينكح الرجل أمه ، وإن أربى الربا عرض الرجل المسلم » [٣] وستأتي أحاديث أخرى في بحث علة الربا .

وأجمعت الأمة على أن الربا محرّم ، قال الماوردي : « حتى قيل : إنه لم يحلّ في شريعة قط ، لقوله تعالى : « وأخذهم الربا وقد نهوا عنه » يعني في الكتب السابقة [٤] .

---

(١) أخرجه مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اجتنبوا السبع الموبقات ، قلنا : وما هن يارسول الله ؟ قال : « الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات » ، (راجع الإلمام بأحاديث الأحكام لابن دقيق العيد : ص ٥١٨) .

(٢) رواه أبو داود وغيره أن النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهده » ورواه مسلم عن جابر قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه ، وقال : هم سواء » وللبخاري نحوه من حديث أبي جحيفة ، وروى الترمذي وابن ماجه عن أنس قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر عشرة .. الحديث » (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ١١٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٣٦ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٤) .

(٣) رواه ابن ماجه مختصراً والحاكم بتمامه وصححه . وفي معناه أحاديث كثيرة في بعضها : « الربا سبعون باباً » وفي بعضها : « الربا اثنان وسبعون باباً » (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ١١٧ ، سبل السلام : ٣ ص ٣٧) .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١ ، المهذب : ١ ص ٢٧٠ ، المغني : ٤ ص ١ ، المبسوط : ١٢ ص ١٠٩ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ١٦٦ .

المطلب الثاني

أنواع الربا

الربا عند جمهور الفقهاء نوعان : ربا الفضل وربا النساء [١] . وقد عرف فقهاء الحنفية **ربا الفضل** : بأنه زيادة عين مال في عقد بيع على المعيار الشرعي (وهو الكيل أو الوزن) [٢] عند اتحاد الجنس . ولم نقل : « شرطت في عقد بيع » كما ذكر الكاساني ، لأن ترك ذلك أولى فإن الربا يتحقق بالزيادة المشروطة وغير المشروطة في البيع أو القرض ، واحترز بقيد « المعيار الشرعي »عن المذروع والمعدود ، فإنه لا يتحقق فيهما ربا ، وإنما يختص الربا في كل مكيل أو موزون ، فلو باع خمسة أذرع من قماش معين بستة أذرع منه ، أو بيضة ببيضتين ، جاز بشرط التقابض في المجلس ، فإذا كان أحدهما نسيئة لم يجز البيع ، لأن وجود الجنس فقط كاف لتحريم ربا النساء : أي تأجيل أحد البدلين .

والخلاصة : أن تبادل الأموال الربوية يجب فيه التساوي في الكميات المبادلة في الجنس الواحد . والتساوي يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٨٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ١٢٩ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٤٧ ، المغني : ٤ ص ١ .

(٢) المعيار الشرعي أي بحسب العادة في بيع الأشياء : وهو الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن أي أن الربا محصور في دائرة المكيلات والموزنات والمقصود بقوله « زيادة عين مال » الزيادة المادية الملموسة في أحد العوضين عن الآخر بقطع النظر عن الزيادة في القيمة ، فاذا حصلت زيادة عينية في مال وجد الربا ، وإن كان المالان مختلفين أو متساويين في القيمة الشرائية .

صنف على حدة ، فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والسمن يجب تساوي الكميتين فيه بالوزن ، وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل .

واما ربا النسيئة : فقد عرفوه بأنه : فضل الحلول على الأجل ، وفضل العين على الدين في المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس ، أو في غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس [١] أي أن يباع الجنس الواحد ببعضه ، أو بجنس آخر مع زيادة في المكيلات والموزونات في نظير تأخير القبض ، كبيع مدّ من الحنطة بمدّ ونصف يدفع له بعد شهرين ، وكبيع مدّ من القمح بمدّين من الشعير يدفعان له بعد ثلاثة أشهر [٢] .

وقد ذهب ابن عباس وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم والزبير وابن جبير وغيرهم إلى أن الربا المحرم فقط : هو ربا النسيئة لقوله عليه السلام « لا ربا إلا في النسيئة » وهؤلاء يرد عليهم بالاحاديث التي ثبت بها تحريم ربا الفضل ، لذا نقل جابر بن زيد أن ابن عباس رجع عن قوله ، ثم جاء إجماع التابعين على تحريم الربا بنوعيه ، فرفع الخلاف . وأما تأويل الحديث السابق فهو أن النبي ﷺ سئل عن مبادلة الحنطة بالشعير والذهب

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٨٣ ، رد المحتار : ٤ ص ١٨٤ ومابعدها .

(٢) فالزيادة المادية التي سيحصل عليها البائع بعد مدة كانت في مقابل تسليم المشتري في الحال مداً من الحنطة . وهذا هو المقصود بفضل الحلول على الاجل أي أن المال المدفوع في الوقت الحاضر أكثر أهمية من المدفوع في المستقبل ، وأما المقصود بفضل العين على الدين فهو أن الشيء المعين بذاته يكون اكثر أهمية من الشيء المعين بنوعه إذ قد يختلف هذا عن الوصف ، وقد لايقوم البائع بتسليم مايجب عليه ، كما في شراء كمية محدد المقدار غير معينة الذات من القمح أو السكر أو نحوهما في مقابل مقدار معين من الشعير مثلاً ، فالمبيع في هذه الحالة يكون من قبيل الدين لا العين ، والثمن هو العين .

بالفضة إلى أجل ، فقال النبي ﷺ « لاربا إلا في النسيئة » فهذا بناء على ما تقدم من السؤال ، فكأن الراوي سمع قول رسول الله ﷺ ، ولم يسمع ما تقدم من السؤال أو لم يشتغل بنقله [١] .

والربا عند الشافعية ثلاثة أنواع :

ربا الفضل : وهو البيع مع زيادة أحد العوضين عن الآخر . وهو لا يكون إلا في بدلين متحدي الجنس ، وهذا باتفاق العلماء .

وربا اليد : وهو البيع مع تأخير قبض العوضين أو قبض أحدهما . وهذا النوع داخل في تعريف ربا النسيئة عند الحنفية في قولهم : « فضل العين على الدين » وهو مفرع على شرط التقابض في المالين الربويين .

وربا النسيئة أو النَّساء : وهو البيع لأجل .

وكل من ربا اليد وربا النساء لا يكون عند الشافعية إلا في بدلين مختلفي الجنس . والفرق بينهما أن ربا اليد في حالة تأخير القبض . وربا النساء (بفتح النون) في حالة تأخير الاستحقاق بذكر الأجل في العقد ولو قصيراً : يعني أن الشافعية قصروا ربا النسيئة على حالة البيع الذي يصاحبه أجل . وأما ربا اليد فهو في حالة البيع الحال المنجز مع تأخير القبض . وزاد المتولي من الشافعية ربا القرض المشروط فيه جر نفع . قال الزركشي : ويمكن رده لربا الفضل [٢] .

والخلاصة : أن ربا النسيئة هو تأخير الدين في نظير الزيادة على مقداره

---

(١) راجع المبسوط للسرخسي : ١٢ ص ١١٢ .

(٢) نهاية المحتاج : ٣ ص ٣٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ١٦٧ ، حاشية الشرقاوي : ٢ ص ٣٠ ومابعدها .

الاصلي ، أو تأخير قبض أحد البدلين في بيع المال الربوي بجنسه . وأما ربا الفضل : فهو زيادة أحد البدلين على الآخر في مبادلة المال الربوي بجنسه مناجزة [١] . فإن قال تاجر عن سلعة : ثمنها حالاً خمس ليرات مثلاً ، ومؤجلاً إلى شهر كذا بستة ، فهذا البيع المؤجل جائز إذ ليس فيه شيء من الربا ، لاختلاف الجنس في البدلين ، وبعض العلماء يحرمه لوجود الربا فيه .

(١) أصول البيوع الممنوعة : ص ٩٥ .

المطلب الثالث

مذاهب الفقهاء في علة الربا

اتفق الفقهاء على تحريم ربا الفضل في سبعة أصناف : الذهب ، والفضة والبر ، والشعير ، والتمر ، والزبيب ، والملح . فيحرم التفاضل فيها مع اتحاد الجنس ، واختلفوا فيما عداها :

فطائفة : قصرت التحريم عليها : وهم الظاهرية .

وطائفة : حرمته في كل مكيل وموزون بجنسه : وهذا مذهب أحمد في ظاهر مذهبه ، وأبي حنيفة .

وطائفة : خصته بالطعام وإن لم يكن مكيلاً ولا موزوناً : وهو قول الشافعي ، ورواية عن الامام أحمد .

وطائفة : خصته بالطعام إذا كان مكيلا أو موزوناً : وهو قول سعيد ابن المسيب ، ورواية عن أحمد وقول للشافعي .

وطائفة : خصته بالقوت ، وما يصلحه : وهو قول مالك ، واعتبره ابن القيم أرجح الاقوال [1] .

وسنفصل أهم هذه الآراء :

١ ــ **مذهب الحنفية** : قال الحنفية : **علة ربا الفضل** : هي الكيل

---

(١) أعلام الموقعين : ٢ ص ١٣٦ .

أو الوزن مع اتحاد الجنس ، فعند اجتماعهما : يحرم الفضل والنساء [١] أي أن العلة في الاشياء الاربعة المنصوص عليها (البر والشعير والتمر والملح) : هي الكيل مع الجنس . وفي الذهب والفضة : العلة هي الوزن مع الجنس فلا تتحقق علة ربا الفضل إلا باجتماع الوصفين : وهما القدر والجنس أي القدر المعهود في الشرع بكيل أو وزن[٢] مع الجنس :أي أن الربا يكون في الأموال التي يجمعها جنس وقدر ، كبيع الذهب بالذهب إذا زاد أحد البدلين على الآخر ، فإن الزيادة تكون حينئذ ربا ، لأن كلا من البدلين موزون وهو المراد بالقدر .

والأصل في هذا حديث مشهور رواه أبو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما عن النبي ﷺ أنه قال : « الذهب بالذهب مثلا بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والفضة بالفضة مثلا بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، يداً بيد ، والفضل ربا »

وحكمة التحريم : هي دفع الغبن عن الناس ، وعدم الإضرار بهم مما قد يظن بأن في أحد الجنسين معنى زائداً عن الآخر . والأصل في

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٨٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧٤ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، المبسوط : ١٢ ص ١١٠ ، الدر المختار : ٤ ص ١٨٦ .

(٢) والمعتبر في الموزون والمكيل: ما كان عليه عرف المسلمين في صدر الإسلام لما روى أبو داود والنسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: « الوزن وزن اهل مكة ، والمكيال مكيال اهل المدينة » (راجع جامع الأصول : ١ ص ٣٧١ ، التلخيص الحبير : ص ١٨٣) ، ويرى أبو يوسف أن المقياس المعتبر في الأصناف الربوية هو المقياس العرفي الحاضر وأنه يتبدل بتبدل العرف في كل زمان ومكان (المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف ٥١٤) .

تحريمه هو من باب سد الذرائع ، لأنهم إذا باعوا درهماً بدرهمين ، ولا يفعل هذا إلا للتفاوت الذي بين النوعين : إما في الجودة ، وإما في السكة وإما في الثقل والخفة ، وغير ذلك – تدرجوا بالربح المعجل فيها إلى الربح المؤخر : وهو عين ربا النسيئة . أي أن تحريم ربا الفضل عند اختلاف الجنسين كبيع القمح بالشعير هو من قبيل سد الذرائع كيلا يتخذ جواز التفاضل عند اختلاف الجنسين ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة ، فيستقرض الشخص ذهباً مثلا إلى أجل ثم يوفي فضة أكثر منه بقدر الربا المراد [١] .

وربا الفضل قليل الوقوع في المعاملة ، مثاله : أن يشتري رجل رطلاً من القمح برطلين من القمح مقايضة : بأن استلم كل من البائع والمشتري ماله .

والقدر الذي يتحقق فيه الربا من الطعام : هو ما كان نصف صاع[٢] فأكثر ، لأنه لا تقدير في الشرع بما دون ذلك [٣] . فاذا كان أقل من نصف صاع ، فإنه يصح فيه الزيادة فيجوز أن يشتري حفنة من القمح بحفنتين [٤] يداً بيد ، أو تفاحة بتفاحتين مع التقابض ، وهكذا إلى إلى أن يبلغ نصف صاع ، لعدم وجود المعيار المبين للمساواة ، فلم يتحقق الفضل .

---

(١) القياس لابن القيم : ص ١١٤ ، أعلام الموقعين ، المرجع السابق ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ ص ٢٤٧ ومابعدها ، المدخل الفقهي ، المرجع السابق .

(٢) نصف الصاع حوالي ١١٠٠ غم أي كيلو ونصف أوقية .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ٢٧٨ ، الدر المختار : ٤ ص ١٨٨ .

(٤) الحفنة : ملء الكفين .

وأما القدر الذى يتحقق فيه الربا من الموزون : فهو مادون الحبة [١] من الذهب والفضة .

ولكن يشترط في صحة البيع في مثل ذلك تعيين البدلين ، فلو كانا غير معينين أو أحدهما لم يجز اتفاقاً [٢] .

وهكذا كل ماتحققت فيه هذه العلة (القدر المتفق مع الجنس) فإنه يشتمل على الربا ، سواء أكان مطعوماً أو غير مطعوم ، فيقاس على القمح والشعير المذكورين في حديث ربا الفضل : كل مايباع بالكيل كالذرة والأرز والسمسم والحلبة والجص إذا كان يباع بالكيل . ويقاس على الذهب والفضة : كل مايباع بالوزن كالرصاص والنحاس والحديد .

وأما الذي لايباع بالكيل ولا بالوزن كالمعدود والمذروع : فانه لايشتمل على ربا الفضل، فيصح بيع البيضة بالبيضتين ، والذراع من الثوب بذراعين من ثوب من جنسه بشرط القبض .

ويلاحظ أن ما نص الشارع على كونه كيلياً كبُر وشعير وتمر وملح أو وزنياً كذهب وفضة ، فإنه يظل كذلك لايتغير أبداً ، وإن ترك الناس التعامل فيه كما كان في الماضي ، فلا يصح بيع الحنطة بوزن متساو ، ولا بيع الذهب بالذهب أو الفضة بالفضة بكيل متساو ، لأن النص أقوى من العرف ، والأقوى لايترك بالأدنى . وقد أشرنا إلى أن أبا يوسف ذهب إلى أن المقياس المعتبر في الأموال الربوية هو المقياس العرفي وأنه

---

(١) المراد منها حبة شعير معتدل قطع من طرفيها مادَقّ وطال مع العلم بأن الدرهم يساوي خمسين حبة وخمسي حبة ($\frac{٢}{٥}$٥٠) أي (٣٫١٢ غم) .

(٢) الدر المختار : ٤ ص ١٨٩ ، ١٩١ .

يتبدل بتبدل العرف ، ورأيه أقوى حجة لأن النص الذي ورد بلزوم التساوي في الربويات كيلًا أو وزناً مراعى فيه المقياس المتعارف في عهد النبي عليه الصلاة والسلام. وأما ما لم ينص عليه الشارع فهو محمول على عادات الناس وأعرافهم في التعامل في الأسواق [1] .

ويلاحظ أيضاً أن جيد مال الربا ورديئه سواء ، فلا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلًا بمثل ، لأن الجودة ساقطة في الأموال الربوية ، لقوله عليه السلام : « جيدها ورديئها سواء » [2] .

وأما علة ربا النساء وهو ربا الجاهلية : فهو أحد وصفي علة ربا الفضل : إما الكيل أو الوزن المتفق ، أو الجنس المتحد [3] ، ومثاله: أن يشتري إنسان رطلًا من القمح في زمن الشتاء برطل ونصف يدفعها في زمن الصيف . فإن « نصف الرطل » الذي زاد في الثمن لم يقابله شيء من المبيع ، وإنما هو في مقابل الأجل فقط ، ولذا سمي ربا النسيئة أي التأخير في أحد البدلين ، فالزيادة في أحد العوضين في مقابلة « تأخير الدفع ». وقد كان أهل الجاهلية إذا داين الرجل منهم أخاه ثم حل أجل الدين قال له : إما أن تَقضي أو تُربي . فإما قضاه وإما أجله وزاده شيئاً على رأس ماله .

وعلى هذا إذا وجد القدر المتفق وحده كالحنطة بالشعير أو الجنس

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٨٢ ، الدر المختار : ٤ ص ١٨٩ .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٧٨ ، الدر المختار : ٤ ص ١٩١ .

(٣) البدائع : ٥ ص ١٨٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧٩ ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ . والمقصود بالقدر المتفق : أن يكون البدلان من فئة واحدة : إما فئة المكيلات أو فئة الموزونات . وأما الجنس المتحد فمعناه أن يكون جنس أحد البدلين من جنس الآخر كحنطة مقابل حنطة أو ذهب مقابل ذهب مثلًا .

المتحد وحده ، حل التفاضل وحرم النساء ، ولو كان البدلان متساويين ، حتى لو باع حيواناً بحيوان مثله إلى أجل ، لم يجز ، لوجود الجنس . وهكذا فان حرمة ربا الفضل تتحقق بوصفين ، وحرمة النساء بأحد الوصفين .

وبما أن الجنس كاف وحده لتحريم ربا النساء فلا يعتبر القدر هنا (وهو نصف صاع فأكثر) فلا يجوز بيع حفنة قمح بحفنتين ، ولا تفاحة بتفاحتين لاتحاد الجنس بخلاف ربا الفضل كما بينا .

فاذا انتفى الجنس كحفنة بر بحفنتي شعير يحل البيع مطلقاً: حالاً ونسيئة .

وحكمة تحريم ربا النسيئة على العموم : هو ما فيه من إرهاق المضطرين والقضاء على عوامل الرفق والرحمة بالإنسان ونزع التعاون والتناصر في هذه الحياة ، واستغلال القوي لحاجة الضعيف [١] .

ومن ربا النسيئة : ماهو معروف اليوم في البنوك من إعطاء مال بأجل بفائدة سنوية أو شهرية كسبعة في المائة أو خمسة أو اثنين ونصف فهو أكل لأموال الناس بالباطل . وإن مضار الربا متحققة فيه ، فحرمته كحرمة الربا ، وإثمه كإثمه [٢] . وقد أصبح الربا في عرف الناس اليوم لايطلق إلا على ربح المال عند تأخيره ، وذلك هو ربا النسيئة الذي كان أهل الجاهلية يفعلونه .

أدلة الحنفية : استدل الحنفية على أن علة الربا هي الكيل أو الوزن : بأن التساوي أو المماثلة في العوضين شرط في صحة البيع ، وحرمة الربا لوجود فضل مال خال عن العوض ، وهذا يوجد في غير المنصوص عليه

(١) القياس لابن القيم : ص ١١٤ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٢ ص ٢٤٦ ، أعلام الموقعين : ٢ ص ١٣٨ .

(٢) الفقه على المذاهب، المرجع السابق: ٢٤٧ ، أصول البيوع الممنوعة للأستاذ عبد السميع : ١١٨ .

في الحديث السابق ، مثل الجص والحديد ونحو ذلك . والتساوي أو المماثلة بين الشيئين تكون باعتبار الصورة والمعنى . والقدر المتفق (وهو الكيل أو الوزن) يحقق المماثلة صورة ، والجنس يحقق المماثلة معنى ، لأن المجانسة في الأموال عبارة عن تقارب المالية ، فالقفيز يماثل القفيز ، والدينار يماثل الدينار ، فيكون القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة ، فكان ربا ، وهذا المعنى لا يخص المطعومات والأثمان ، بل يوجد في كل مكيل بجنسه ، وموزون بمثله [١] .

ويلاحظ أن الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد ، وكذلك الشعير ودقيقها ، وكذلك التمر ، والملح ، والعنب ، والزبيب ، والذهب ، والفضة ، فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلاً في الكيل ، وإن تساويا في النوع والصفة [٢] .

٢ ـ مذهب المالكية :

قال المالكية في ظاهر المذهب : علة تحريم الزيادة في الذهب والفضة هي النقدية (أي الثمنية) ، أما في الطعام : فان العلة عندهم تختلف في ربا النسيئة وربا الفضل .

فالعلة في تحريم ربا النسيئة : هي مجرد المطعومية على غير وجه التداوي، سواء وجد الاقتيات والادخار ، أو وجد الاقتيات فقط ، أو لم يوجد واحد منهما ، مثل أنواع الخضر من قثاء وبطيخ وليمون وخس وجزر ، وقلقاس ، وأنواع الفاكهة الرطبة كالتفاح والموز .

وأما العلة في تحريم ربا الفضل فهي أمران : الاقتيات والادخار :

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١١٦ ، البدائع : ٥ ص ١٨٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧٧ .
(٢) البدائع : ٥ ص ١٨٧ ، المبسوط : ١٢ ص ١٢٢ .

أي أن يكون الطعام مقتاتاً أي أن الإنسان يقتات به غالباً بحيث تقوم عليه بنيته : بمعنى أنه لو اقتصر عليه يعيش بدون شيء آخر ، دون أن تفسد البنية . وفي معنى الاقتيات : إصلاح القوت كملح ونحوه من التوابل .

ومعنى كونه صالحاً للادخار : أنه لايفسد بتأخيره مدة من الزمن لاحد لها في ظاهر المذهب ، وانما بحسب الأمد المبتغى منه عادة في كل شيء بحسبه ، فالمرجع فيه الى العرف دون تحديد بمدة ستة أشهر ، كما رأى بعضهم .

ودليلهم على أن هذه هي علة تحريم الربا : هو أنه لما كان حكم التحريم معقول المعنى في الربا وهو أن لايغبن بعض الناس بعضاً ، وأن تحفظ أموالهم ، فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش : وهي الأقوات ، كالحنطة والشعير والأرز والذرة والكرسنة والتمر والزبيب ، والبيض والزيت ، والبقول السبعة : وهي (العدس ، واللوبيا ، والحمص ، والترمس ، والفول ، والجلبان ، والبسلة) [١] .

٣ — مذهب الشافعية :

قال الشافعية : العلة في الذهب والفضة : هي النقدية أو الثمنية : أي كونها أثمانا للأشياء ، سواء أكانا مضروبين ، أم غير مضروبين .

وأما في الأصناف الأربعة الباقية ، فالعلة : هي الطعمية — بضم الطاء : أي كونها مطعومة . والمطعوم يشمل أموراً ثلاثة :

أحدها : ماقصد للطُعم والقوت كالبر والشعير ، فان المقصود منها التقوت أي الأكل غالباً ، ويلحق بها مافي معناهما كالفول والأرز والذرة والحمص والترمس .

---

(١) المنتقى على الموطأ : ٤ ص ١٥٨ ، بداية المجتهد: ٢ ص ١٣١ ، حاشية الدسوقي: ٣ ص ٤٧ ، الحطاب : ٤ ص ٣٤٦ ، الفقه على المذاهب الأربعة: ٢ ص ٢٥١ .

ثانيها : أن يقصد به التفكه ، وقد نص الحديث على التمر ، فيلحق به مافي معناه ، كالزبيب والتين .

ثالثها : أن يقصد به إصلاح الطعام والبدن : أي للتداوي . وقد نص الحديث على الملح فيلحق بـــه ما في معناه من الأدوية كالسنامكي والسقمونيا والزنجبيل ، ونحو ذلك من العقاقير المتجانسة كالحلبة اليابسة .
وعلى هذا فلا فرق بين مايصلح الغذاء أو يصلح البدن ، فان الأغذية لحفظ الصحة ، والأدوية لرد الصحة . واذن يكون المطعوم : كل ماقصد للطعم (أي الأكل غالباً) اقتياتاً أو تفكهاً أو تداوياً . وبذا يظهر أن علة الربا عند الشافعية هي : الطعم أو النقدية ؛ أما ماليس بطعم كالجبس أو الحديد فانه يصح بيعه بجنسه متفاضلاً ، كعروض التجارة ، لأنها ليست أثماناً .

ودليلهم : أن الحكم إذا علق باسم مشتق دلّ على أن ذلك المعنى الذي اشتق منه الاسم هو علة الحكم ، مثل قوله سبحانه : « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديها » ففهم أن السرقة هي علة قطع اليد ، وإذا كان هذا هو المقرر ، فقد جاء من حديث سعيد بن عبد الله أنه قال : « كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : « الطعام بالطعام مثلا بمثل » [١] فتبين أن الطُعم هو الذي علق به الحكم ، لأن الطعام مشتق من الطعم ، فهو يعم المطعومات .

وعلى هذا إذا بيع الطعام بالطعام أو النقد بالنقد حالة اتحاد الجنس كحنطة بحنطة وفضة بفضة ، اشترط في صحة البيع ثلاثة أمور : الحلول « بأن لايذكر في العقد أجل مطلقاً » والمماثلة بحسب المعيار الشرعي « وهو

---

(١) رواه مسلم وأحمد عن معمر بن عبد الله (راجع نصب الراية : ٤ ص ٣٧ ، التلخيص الحبير : ص ٢٣٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ١٩٣) .

الكيل فيما يكال ، والوزن فيما يوزن ، بحسب عادة أهل الحجاز في عهد الرسول عليه السلام ، وفي غير ذلك تعتبر عادة بلد البيـع حالة البيـع » والتقابض « أي القبض الحقيقي للعوضين مطلقا » قبل التفرق .

فإذا اختلف الجنس كحنطة وشعير جاز التفاضل ، ويشترط الحلول والتقابض قبل التفرق . قال ﷺ فيما رواه مسلم : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبُرّ بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل ، سواء بسواء ، يداً بيد ؛ فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يد بيد » أي مقابضة . ويؤخذ من ذلك اشتراط الحلول . فإذا بيـع الطعام بغيره كنقد أو ثوب ، أو غير الطعام بغير الطعام وليسا نقدين كحيوان بحيوان لم يشترط شيء من الشروط الثلاثة السابقة : أي فلا ربا فيه . والسبب في أنه لا ربا في الحيوان مطلقاً : هو أنه لا يعد للأكل على هيئته ، وقد اشترى ابن عمر رضي الله عنهما بعيراً ببعيرين بأمره ﷺ [1] .

٤ - مذهب الحنابلة :

في هذا المذهب ثلاث روايات بالنسبة لعلة الربا : أشهرهـا مثل مذهب الحنفية : وهي أن الكيل أو الوزن مع اتحاد الجنس هو علة الربا فيجري الربا في كل مكيل أو موزون بجنسه مطعوماً كان أو غـير مطعوم كالحبوب والأشنان والنورة والقطن والكتان والصوف والحناء والعصفر والحديد والنحاس ونحو ذلك ، ولا يجري في مطعوم لايكال ولا يوزن ، لما روى ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لاتبيعوا الدينار ،

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص٢٢، ٢٤ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ١٦٧ ومابعدها ، حاشية الشرقاوي : ٢ ص ٣٢ ومابعدها ، المهذب : ١ ص ٢٧٢ .

بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين ، ولا الصاع بالصاعين ، فإني أخاف عليكم الرماء (والرماء : هو الربا) فقام اليه رجل فقال : « يا رسول الله، أرأيت الرجـــل يبيـع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالإبل ؟ فقال : لابأس إذا كان يدا بيـد » [١] وروى أنس أن النبي ﷺ قال : ماوزن مثلا بمثل ، إذا كان نوعاً واحدا ، وماكيل فمثل ذلك ، فإذا اختلف النوعان فلا بأس به » [٢] .

والرواية الثانية كمذهب الشافعية .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والفضة : كونه مطعوماً إذا كان مكيلاً أو موزونا ، فلا يجري الربا في مطعوم لايكال ولا يوزن ، كالتفاح والرمان والخوخ والبطيـخ والكمثرى والسفرجل والإجّاص والخيار والجوز والبيض ، ولا فيما ليس بمطعـــوم كالزعفران والأشنان والحديد والرصاص ونحوه . وهذا قول سعيد بن المسيب كما قدمنا [٣] . ودليل ذلك قوله عليه السلام : « لاربا الا فيما كيل أو وزن مما يؤكل أو يشرب » [٤]

٥ ـ مذهب الظاهرية :

قال الظاهرية : الربا غير معلل ، وهو مخصص بالمنصوص عليه فقط [٥]،

---

(١) رواه أحمد والطبراني في الكبير بنحوه ، قال الهيثمي : وفيه أبو جناب وهو ثقة ولكنه مدلس (راجع جامع الأصول : ١ ص ٤٦٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ١١٣ نصب الراية : ٤ ص ٥٦) .

(٢) رواه الدارقطني عن الحسن عن عبادة وأنس بن مالك (راجع نيل الاوطار: ٥ ص ١٩٣) .

(٣) المغني : ٤ ص ٣ - ٥ ، اعلام الموقعين : ٢ ص ١٣٦ ومابعدها .

(٤) رواه الدارقطني في سننه عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا ربا إلا في ذهب أو فضة ، أو مايكال ، أو يوزن ، أو يؤكل، أو يشرب» وهو حديث مرسل . ورواه البيهقي موقوفاً على ابن السيب (انظر نصب الراية : ٤ ص ٣٦) .

(٥) راجع المحلى لابن حزم : ٨ ص ٤٦٨ .

وذلك لأنهم ينكرون القياس ، وقد بين الشارع أن الربا يجري في الأصناف الستة ، فيبقى ماعداها على الأصل وهو الإباحة .

ترجيح :

قال ابن رشد المالكي : ولكن إذا تؤمل من طريق المعنى ظهر -- والله أعلم -- أن علة الحنفية أولى العلل وذلك أنه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا : إنما هو لمكان الغبن الكثير الذي فيه ، وأن العدل في المعاملات إنما هو مقاربة التساوي ، ولذلك لما عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات ، جعل الدينار والدرهم لتقويمها « أعني تقديرها » ، ولما كانت الأشياء المختلفة الذوات « أعني غير الموزونه والمكيلة كالثياب » : العدل فيها إنما هو في وجود النسبة أعني أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين إلى جنسه كنسبة قيمة الشيء الآخر الى جنسه. وعلى هذا فإن اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العدلة ، والعدل في المكيلات والموزونات انما هو بوجود التساوي في الكيل أو الوزن (١) .

وقد رجح ابن القيم مذهب الامام مالك في أن علة الربا هي القوت والادخار فيما يتعلق بغير النقدين . وأما النقدان فالعلة فيها الثمنية ، إذ لو كان النحاس والحديد ربويين لم يجز بيعها الى أجل بدراهم نقداً ، فإن مايجري فيه الربا إذا اختلف جنسه جاز التفاضل فيه دون النَّساء أي التأخير .

وأيضا فالتعليل بالوزن ليس فيه مناسبة ، بخلاف التعليل بالثمنية ، فإن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات ، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال ، فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً لايرتفع ولاينخفض، حتى لا تفسد معاملات الناس ، ويقع الاختلاف ، ويشتد الضرر ، فلا تكون الدراهم والدنانير مجالاً صالحاً للتجارة (٢) .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ١٣١ .

(٢) أعلام الموقعين : ٢ ص ١٣٨ .

المطلب الرابع

مايترتب على الاختلاف في علة الربا

يترتب على الاختلاف في علة الربا بين الحنفية والشافعية أمور كثيرة : منها مايتعلق بربا الفضل ، ومنها مايتعلق بربا النَّساء .

أما مايتعلق بربا الفضل فيظهر أثر الخلاف فيما يأتي :

١ً – في بيع مطعوم بجنسه غير مقدر : أي « غير مكيل ولا موزون » : كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها ، أو بطيخه ببطيختين ، أو تفاحة بتفاحتين ، أو بيضة ببيضتين ، أو جوزة بجوزتين أو أكثر ونحو ذلك . يجوز هذا عند الحنفية لعدم العلة : وهي القَدْر ، إذ لا تقدير في الشرع بأقل من نصف صاع بالنسبة للمكيلات ، وأما في الموزون: وهو الذهب والفضة ، فلا تقدير بما دون الحبة إذ لا قيمة له [١] .

ولا يجوز ذلك عند الشافعية لوجود علة الربا عنده وهي الطعم ، وذلك لأن الأصل عنده هو تحريم بيع المطعومين ببعضها ، أخذا من حديث : « الطعام بالطعام مثلًا بمثل » والمساواة بين المطعومين في البيع مُخَلِّص من الحرمة ، فما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة ، لأنها هي الأصل ، فلايجوز بيع الحفنة بالحفنتين ونحوهما .

والتعليل بالقدر عند الحنفية يقتضي تخصيص نص الحديث السابق ، فيجوز بيع الحفنة بالحفنتين ونحوهما [٢] .

---

(١) المبسوط : ١٢ ص ١١٤ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧٨ ومابعدها ، البدائع : ٥ ص ١٨٥ ، رد المحتار : ٤ص١٨٨ .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٧٦ .

٢ — في بيع مقدر بقدر غير مطعوم: أي بيع مكيل بجنسه غير مطعوم، أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا نقد، كبيع قفيز جص بقفيزي جص، أو رطل حديد برطلين منه ونحوهما.

فلا يجوز ذلك عند الحنفية لوجود علة الربا: وهي الكيل مع الجنس في بيع الجص، أو الوزن مع الجنس في بيع الحديد [١].

ويجوز ذلك عند الشافعي لعدم وجود علة الربا وهي الطعم أو الثمنية.

واتفق الحنفية مع الشافعية على أنه لو باع قفيز أرز بقفيزي أرز لا يجوز، لوجود الكيل مع الجنس عند الحنفية ولوجود الطعم مع الجنس عند الشافعية.

واتفقوا أيضاً على أنه إذا باع رطل زعفران برطلين منه، أو رطل سكر برطلين من السكر: لا يجوز لوجود الوزن والجنس عند الحنفية ولوجود الطعم والجنس عند الشافعية.

وفيما يتعلق بشرط الجنس اختلف الفقهاء في بعض النواحي المتعلقة بتحققه منها ما يأتي:

١ً — بيع الدقيق بمثله أو بالحب:

قال الحنفية: لا يصح بيع الدقيق المأخوذ من جنس بجنسه، فلا يصح بيع الدقيق المأخوذ من القمح بالقمح، وكذا المأخوذ من الذرة بالذرة وهكذا، سواء أكانا متساويين أو لا، لأن التساوي في مثل ذلك غير محقق.

أما بيع الدقيق المأخوذ من جنس بغير جنسه: فإنه يصح كالدقيق المأخوذ من القمح إذا بيع بالشعير. فإنه يصح، لاختلاف الجنس متى كان يداً بيد.

(١) المبسوط: ١٢ ص ١١٤، البدائع: ٥ ص ١٨٥، فتح القدير: ٥ ص ٢٧٩، الدر المختار: ٤ ص ١٨٨.

وأما بيـع الدقيق بالدقيق المتحد الجنس : فإنه يجوز بشرط التساوي في الكيل والنعومة والخشونة .

ويجوز بيـع الخبز بالحنطة وبالعكس متساوياً ومتفاضلاً ، لأن الخبز صار بالصنعة جنساً مختلفاً مع الحنطة ، ولا يشترط في ذلك التقابض ، وإنما يشترط التعيين (١) .

وقال المالكية : لا يصح بيـع الحب والدقيق أحدهما بالآخر إلا مثلا بمثل بدون زيادة ، فلو باع قمحاً بدقيق مأخوذ منه ، فإنه يصح إذا كانا متساويين بالوزن .

فاذا اختلف الجنس كأن باع دقيقاً من الذرة بحب من القمح : فإنه يصح بيعه متفاضلا بشرط التقابض في المجلس .

وكذلك يصح بيـع الخبز بالحنطة ، لأن صنعة الخبز جعلته جنساً منفرداً .

وأما بيـع الدقيق بمثله فلا يصح (٢) .

وقال الشافعية : لا يصح بيـع دقيق بجنسه ، فلا يصح بيـع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة مثلا ، لانتفاء المماثلة اليقينية بينها ، بسبب النعومة الطارئة عليه ، إذ قد يكون أحد البدلين أنعم من الآخر ، فلا ينكبس في الكيل .

وكذلك لا يصح بيـع دقيق الحنطة بحب الحنطة ، كما لا يصح بيـع الخبز بها ، ويصح بيـع الخبز ببعضه ، والدقيق ببعضه إذا اختلف الجنسان ، كأن

---

(١) البدائع : ٥ ص ١٨٩ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٨٨ ومابعدها ، الفقه على المذاهب : ٢ ص ٢٥٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ١٣٦ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٥٣ ، الفقه على المذاهب : ٢ ص ٢٥٣ .

يكون خبز قمح بخبز شعير أو دقيق قمح بدقيق ذرة لاختلاف الجنس[١].

وقال الحنابلة : لا يصح بيع الدقيق بالحب المأخوذ منه مطلقاً ، لأنه يشترط التساوي في بيع الجنس الواحد ببعضه ، ولا يصح بيع الخبز بالحب المأخوذ منه ، كما لا يصح بيعه بدقيقه .

وأما بيع الدقيق بمثله من نفس الجنس ، فإنه يجوز كيلاً كما يقول الحنفية ، بشرط التساوي في النعومة [٢] .

والخلاصة : أن في بيع دقيق الحنطه رأيين :

رأي يجيز ذلك : وهم الحنفية والحنابلة .

ورأي لا يجيز ذلك : وهم المالكية والشافعية .

٢ — بيع الحيوان بلحم :

قال أبو حنيفة وأبو يوسف : يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه ، لأن بيع ما هو موزون بما ليس بموزون ، وهو جائز كيفما كان بشرط التعيين [٣] .

وقال الائمة الثلاثة غير الحنفية : لا يجوز بيع حيوان يؤكل بلحم من جنسه ، فلا يجوز بيع شاة مذبوحة بشاة حية يقصد منها الأكل[٤] لما روى سعيد بن المسيب أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحيوان

---

(١) المهذب : ١ ص ٢٧١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٣ ، الفقه على المذاهب : ٢ ص ٢٥٥ .

(٢) المغني : ٤ ص ٢٤ ، الفقه على المذاهب : ٢ ص ٢٥٥ .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ٢٩٠ ، الدر المختار : ٤ ص١٩٢ ، البدائع : ٥ ص ١٨٩ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ ص ١٣٦ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٥٤ ، المهذب : ١ ص ٢٧٢ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢٩ ، المغني : ٤ ص ٣٢ ، أعلام الموقعين : ٢ ص ١٤٥ .

باللحم [١] وروي عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع حي بميت [٢]. ولأن اللحم نوع فيه الربا، بيع بأصله الذي فيه منه، فلم يجز كبيع السمسم بالسيرج.

وأما ما يترتب على الاختلاف في ربا النساء بين الشافعية والحنفية فيظهر ما يأتي:

أ ـ بعض الخلافات ترجع إلى أصل الخلاف في علة الربا التي هي عند الحنفية كما عرفنا الكيل أو الوزن، وعند الشافعية: الطعم:

إذا باع شخص قفيز حنطة بقفيز شعير نسيئة مؤجلة، أو ديناً موصوفاً في الذمة غير مؤجل [٣]: لا يجوز بالاتفاق، لوجود علة ربا النساء: وهي أحد وصفي علة ربا الفضل وهو هنا الكيل عند الحنفية، والطعم عند الشافعية.

وإذا باع قفيز جص بقفيز نورة [٤] مؤجلاً عن طريق السلم، أو غير مؤجل عن طريق البيع ديناً في الذمة: لا يجوز عند الحنفية لوجود الكيل، وعند الشافعية: يجوز لعدم الطُّعم.

---

(١) رواه مالك في الموطأ عن سعيد بن المسيب مرسلا، وله شواهد عن ابن عمر عند البزار، وعن الحسن عن سمرة عند الحاكم والبيهقي وابن خزيمة وله لفظ آخر: «نهى عن بيع الحي بالميت» قال في نيل الاوطار: ٥ ص ٢٠٣: «ولا يخفى ان الحديث ينتهض للاحتجاج بمجموع طرقه» (راجع جامع الأصول: ١ ص ٤١٣، نصب الراية: ٤ ص ٣٩).

(٢) رواه البيهقي عن رجل من أهل المدينة، قال البيهقي: وهذا مرسل يؤكد مرسل ابن المسيب أي الحديث السابق (راجع نصب الراية: ٤ ص ٣٩).

(٣) أي أن الثمن شيء غير معين، فيحصل الربا، لأن العين خير من الدين، لأن الدين قد يختلف عن الوصف وقد لايقوم الملتزم بشيء بتسليم مايجب عليه.

(٤) النورة: حجر الكلس، ثم غلب على أخلاط تضاف الى الكلس من زرنيخ وغيره، ويستعمل لإزالة الشعر.

ولو أسلم رطل حديد برطلين حديد : لا يجوز عند الحنفية لوجود الوزن المتفق لكونهما موزونين ، وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية .

ولو باع رطل سكر برطل زعفران ديناً في الذمة : لايجوز بالاتفاق لوجود أحد وصفي علة ربا الفضل ، وهو هنا الوزن المتفق ، عند الحنفية ولوجود الطعم عند الشافعية .

أما لو أسلم الدراهم او الدنانير في زعفران ، أو في قطن أو حديد فإنه يجوز بالاتفاق لانعدام علة الربا : وهي القدر المتفق أو الجنس. أما المجانسة فغير متحققة كما هو واضح ، وأما القدر المتفق فغير متحقق أيضاً ، لأن وزن الثمن يخالف وزن المثمن ، فإن الدراهم توزن بالمثقال ، والقطن والحديد والزعفران يوزن بالقبان ، فلم يتحقق القدر ، فلم توجد العلة ، فلا يتحقق الربا .

ولو أسلم نُقرة [١] فضة في نقرة ذهب أو تبر ذهب في نقرة فضة أو المصوغ من أحدهما في ذهب أو فضة : لا يجوز بالاتفاق لوجود الوزن المتفق عند الحنفية ، فإنهما يوزنان بالمثاقيل [٢] ، ولوجود الثمنية عند الشافعية لأنهما أصل الأثمان .

ولو أسلم الحنطة في الزيت : جاز عند الحنفية ، لأن أحدهما مكيل والآخر موزون ، فكانا مختلفين قدراً . وعند الشافعية : لايجوز لوجود الطعم [٣] .

ب — وبعض الخلافات ترجع إلى الخلاف في الجنس وحده : هل هو علة أم لا ؟ :

سبق أن أشرنا إلى أن الجنس وحده يصلح علة لربا النساء عند الحنفية

---

(١) النقرة : هي القطعة المذابة من الفضة أو الذهب .

(٢) المثقال : درهم وثلاثة أسباع الدرهم وهو (٢٤) قيراطاً ، ويساوي (٤٫٨٠ غم) .

(٣) انظر فيما سبق البدائع : ٥ ص ١٨٦ ومابعدها .

لأن علة الربا هي الكيل أو الوزن مع الجنس ، وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا تتم العلة إلا بهما . فيكون لكل منهما شبهة العلية ، وشبهة العلية تثبت بها شبهة الحكم .

وعند الإمام الشافعي : الجنس بانفراده لا يصلح علة لتحريم ربا النساء ، لأن الجنس شرط فقط في علة الربا ، والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان ، والسبب في ذلك أن العلة هي اسم لوصف مؤثر في الحكم ، فيعال الحكم بعلة تناسب المقصود منه ، وهي الطعم لبقاء الإنسان به ، والثمنية لبقاء الاموال التي هي مناط مصالح الناس بها ولا أثر للجنسية فجعل شرطاً [١] .

ويترتب على ذلك ما يأتي :

لايجوز إسلام الجوز في الجوز ، والبيض في البيض ، والتفاح في التفاح والحفنة في الحفنة بالاتفاق لوجود الجنس عند الحنفية ، ولوجود الطعم عند الشافعي .

ولا يجوز إسلام الثوب الهروي في الثوب الهروي عند الحنفية لوجود الجنس . وعند الشافعي : يجوز ، لأن الجنس عنده لا يكفي وحده لتحريم الربا .

ويجوز أن يسلم ثوباً هرويا في ثوب مروي بالاتفاق ، لعدم وجود الجنس عند الحنفية ، ولعدم وجود الطعم أو الثمنية عند الشافعية .

ولو أسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز عند الحنفية لوجود الجنس. وعند الشافعية : لا يجوز لوجود الثمنية .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٧٦ ، ٢٨٠ ، المبسوط : ١٢ ص ١٢٢ ومابعدها ، مختصر الطحاوي : ص ٧٥ ، المهذب : ١ص ٢٧١ ومابعدها .

والسبب في أن الجنس وحده يحرم الربا عند الحنفية كما في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة : هو أن عقد البيع يقتضي المساواة في البدلين ، ولا مساواة بين المدفوع نقداً ، والمدفوع نسيئة لأن العين خير من الدين والمعجل أكثر قيمة من المؤجل ، وهذا المعنى كما هو موجود في المطعومات والأثمان أي (النقود) موجود في غيرهما . يؤكد ذلك قوله عليه السلام : « لا ربا إلا في النسيئة » وقوله ﷺ : « إنما الربا في النسيئة » [١] والنص مطلق لم يفرق بين المطعوم والأثمان وغيرها ، فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الإطلاق [٢] .

أما الشافعية فقالوا : كل ما سوى الذهب والفضة والمأكول والمشروب لا يحرم فيه الربا ، فيجوز بيع بعضه ببعض متفاضلاً ونسيئة ، ويجوز فيه التفرق قبل التقابض ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : « أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشا فنفدت الإبل ، فأمرني أن آخذ على قلاص [٣] الصدقة ، فكنت آخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » [٤]

---

(١) رواه البخاري ومسلم والنسائي ، فهو حديث صحيح ، وله ألفاظ منها «الربا في النسيئة » وفي رواية « إنما الربا في النسيئة » وفي رواية « لا ربا فيما كان يداً بيد » قال البيهقي : يحتمل أن الراوي اختصره ، فيكون النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الربا في صنفين مختلفين : ذهب بفضة ، أو تمر بحنطة،فقال« إنما الربا في النسيئة»فأداه الراوي دون ذكر سؤال السائل (راجع جامع الأصول : ١ ص ٤٦٩ ، نصب الراية : ٤ ص ٣٧).

(٢) البدائع : ٥ ص ١٨٧ .

(٣) القلاص جمع قلوص وهي من الابل : الفتية الشابة بمنزلة الجارية من النساء .

(٤) أخرجه أحمد وأبو داود والدارقطني بمعناه والحاكم في المستدرك ، وقال : صحيح على شرط مسلم ، ولم يخرجاه ، وضعفه بعضهم بمحمد بن اسحق إلا أن الحافظ ابن حجر قوّى إسناده ، ورواه البيهقي في سننه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده (راجع نصب الراية : ٤ ص ٤٧ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٣٠٤ ، جامع الأصول: ١ ص ٤٧٣ .

وعن علي كرم الله وجهه أنه باع جملًا إلى أجل بعشرين بعيراً [١] . وباع ابن عمر رضي الله عنهما بعيراً بأربعة أبعرة [٢] ونحو ذلك كثير [٣] .

---

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ (راجع تنوير الحوالك شرح موطأ مالك : ٢ ص ١٤٨ ، جامع الأصول : ١ ص ٤٧٤) .
(٢) أخرجه الموطأ والبخاري عن عبد الله بن عمر (المرجعان السابقان) .
(٣) المهذب : ١ ص ٢٧١ .

- ٥ -

القرض

إن القرض في الحقيقة يشبه البيع لأنه تمليك مال بمال [١] وهو أيضاً نوع من السلف [٢] .

والكلام عن القرض يظهر في بيان تعريفه ومشروعيته وعاقده وصيغته وحكم الخيار فيه وما يصح فيه وحكمه وحكم القرض الذي يجر منفعة .

تعريف القرض : القرض لغة : القطع ، وسمي المال المدفوع للمقترض قرضاً ، لأنه قطعة من مال المقرض .

واصطلاحاً عند الحنفية : هو ما تعطيه من مال مثلي لتتقاضاه . أو بعبارة اخرى : هو عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلي لآخر ليرد مثله [٣] .

مشروعيته : القرض جائز بالسنة والإجماع :

أما السنة ــ فما روى ابن مسعود أن النبي ﷺ قال : « ما من مسلم يقرض مسلماً قرضاً مرتين إلا كان كصدقة مرة » [٤] وعن أنس

(١) البدائع : ٧ ص ٢١٥ .

(٢) المغني : ٤ ص ٣١٣ .

(٣) الدر المختار : ٤ ص ١٧٩ ، حاشية الدسوقي : ٣ ص ٢٢٢ .

(٤) رواه ابن ماجه وابن حبان في صحيحه والبيهقي مرفوعاً وموقوفاً عن عبدالله ابن مسعود . وفي رواية ابن ماجه في اسناده سليان بن بشير وهو متروك ، وعلى كل فله =

قال : « قال رسول الله ﷺ « رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً : الصدقة بعشر أمثالها ، والقرض بثمانية عشر ، فقلت : يا جبريل ، ما بال القرض أفضل من الصدقة ؟ قال : لأن السائل يسأل وعنده ، والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة » [١] وعن أبي رافع حديث سيأتي في القرض الذي يجر منفعة .

وأجمع المسلمون على جواز القرض [٢] .

وهو مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقترض للأحاديث السابقة ، ولما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « من نفّس عن مسلم كربة من كرب الدنيا ، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه » [٣] وعن أبي الدرداء رضي الله عنه أنه قال : « لأن أقرض دينارين ثم يردا ، ثم أقرضهما أحب إليّ من أن أتصدق بهما » وعن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما أنهما قالا : « قرض مرتين خير من صدقة مرة » [٤] .

= مؤيدات وشواهد كثيرة من القرآن والحديث (راجع الترغيب والترهيب : ٢ ص ٤١ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٢٩) .

(١) رواه ابن ماجه والبيهقي عن أنس بن مالك وقد روى الطبراني والبيهقي قريباً من هذا اللفظ عن ابي امامة رضي الله عنه (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ١٢٦ ، الترغيب والترهيب ، المرجع السابق) .

(٢) المغني : ٤ ص ٣١٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ١١٧ .

(٣) رواه مسلم وأبو داود والترمذي وحسنه والنسائي وابن ماجه مختصراً والحاكم وقال : صحيح على شرطها وفي لفظ « من كشف عن مسلم ... » (انظر الترغيب والترهيب : ٢ ص ٤٤ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٣٣) .

(٤) المهذب : ١ ص ٣٠٢ ، المغني : ٤ ص ٣١٣ .

عاقده وصيغته : ولا يصح القرض إلا من جائز التصرف ، لأنه عقد على المال ، فلم يصحّ الا من جائز التصرف كالبيع .

ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول ، لأنه تمليك آدمي ، فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة .

ويصح بلفظ القرض والسلف ، لأن الشرع ورد بها ، ويصح بما يؤدي معناه : وهو أن يقول : « ملكتك هذا على أن ترد علي بدله » (١) .

هل يثبت فيه خيار أو أجل ؟ لا يثبت فيه خيار المجلس عند القائلين به ، ولا خيار الشرط لأن المقصود من الخيار هو الفسخ ، وفي القرض يجوز لكل واحد من العاقدين أن يفسخ إذا شاء ، فلا معنى للخيار (٢) .

ولا يجوز عند جمهور الفقهاء اشتراط الأجل في القرض ، فإن أجل القرض إلى أجل مسمى معلوم لم يتأجل وكان حالاً ، لأنه في معنى بيع الدرهم بالدرهم ، فلا يجوز ذلك التأجيل منعاً من الوقوع في ربا النسيئة . وباعتبار أن القرض محض تبرع ، فيحق للمقرض المطالبة ببدله في الحال ، لأنه عقد يوجب رد المثل في المثليات فأوجب رد بدله حالا كالاتلاف. وهكذا كل دين حلّ أجله لم يصر مؤجلاً بتأجيله . هذا بخلاف البدل في البيع وفي الاجارة إذا أجل إلى أجل مسمى معلوم فإنه لا يحق له المطالبة به قبل حلول الاجل .

---

(١) المرجعان السابقان ، المغني : ص ٣١٤ ، الدر المختار : ٤ ص ١٧٩ .

(٢) المهذب : ١ص ٣٠٣ ، المغني : ٤ ص ٣١٤ .

وقال الإمام مالـك : يتأجل القرض بالتأجيـل لقول النبي ﷺ : « المسلمون عند شروطهم »[١].

ولأن المتعاقدين يملـكان التصرف في هـذا العقد بالإقالة والامضاء ، فملكا الزيادة فيه [٢].

ما يصح فيه القرض : اختلف العلماء فيما يصح فيه القرض :

فقال الحنفية : يصح القرض في المثلي « وهو ما لا تتفاوت آحاده تفاوتاً تختلف به القيمة » كالمكيل والموزون والمعدود المتقارب كالجوز والبيض ، ولا يجوز القرض في غير المثلي من القيميات كالحيوان والحطب والعقار ، والعددي المتفاوت لتعذر رد المثل [٣].

وقال المالكية والشافعية والحنابلة : يجوز قرض كل مال يصح فيه السلم ، سواء أكان مكيلا أو موزوناً أو من القيميات كعروض التجارة والحيوان ونحو ذلك ، لأن النبي ﷺ فيما يرويه أبو رافع « استسلف بكراً »[٤] (البكر : الثني من الإبل) وذلك ليس بمكيل ولا موزون ولأن ما يثبت سلما يملك بالبيع ويضبط بالوصف ، فجاز قرضه كالمكيل والموزون . وأما مالا يجوز فيه السلم كالجواهر ونحوها فلا يصح قرضه

---

(١) رواه أبو داود وأحمد والترمذي والدارقطني عن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده مرفوعاً وصححه ابن حبان من حديث أبي هريرة ، وروي عن أنس عند الحاكم ، وعن رافع بن خديـج عند الطبراني ، وعن ابن عمر عند البزار ، وعن عطـاء بلاغاً عند ابن أبي شيبة ، وجزم به البخاري (راجع سبل السلام : ٣ ص ٥٩ ، المقاصد الحسنة : ص ٣٨٥) .

(٢) اعتمدنا في هذا على المغني لابن قدامة : ٤ ص ٣١٥ ، المهذب : ١ ص٣٠٣ .

(٣) الدر المختار : ٤ ص ١٧٩ .

(٤) سيأتي تخريجه في حديث أبي رافع في بحث (القرض بمنفعة) .

في الأصح ، لأن القرض يقتضي رد المثل ، وما لا ينضبط أو يندر وجوده يتعذر أو يتعسر رد مثله [١] .

حكم القرض : يثبت الملك في القرض عند أبي حنيفة ومحمد بالقبض فلو اقترض إنسان مدّ حنطة وقبضه ، فله الاحتفاظ به ، ورد مثله وإن طلب المقرض رد العين ، لأنه خرج عن ملك المقرض وثبت له في ذمة المستقرض مثله لا عينه ، ولو كان قائماً .

وقال أبو يوسف : لا يملك المستقرض القرض ما دام قائماً [٢] .

وقال المالكيه : إن القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة والعارية يثبت الملك فيه بالعقد ، وإن لم يقبض المال . ويجوز للمقترض أن يرد مثل الذي اقترضه وأن يرد عينه ، سواء أكان مثلياً أو غير مثلي وهذا ما لم يتغير بزيادة أو نقص ، فإن تغير وجب رد المثل [٣] .

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة : يثبت الملك في القرض بالقبض ، ويرد المقترض عند الشافعية المثل في المثلي ، لأنه أقرب إلى حقه ، ويرد في القيمي المثل صورة ، لأنه ﷺ اقترض بكراً ورد رباعياً ، وقال : « إن خياركم أحسنكم قضاء » [٤] .

ويجب عند الحنابلة رد المثل في المكيل والموزون ، كما هو اتفاق الفقهاء . وفي غير المكيل والموزون وجهان : أحدهما — يجب رد قيمته يوم القرض . والثاني — يجب رد مثله بصفاته تقريباً [٥] .

---

(١) الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ٢٢٢ ، مغني المحتاج: ٢ ص ١١٨ ومابعدها، المهذب : ١ ص ٣٠٣ ، المغني : ٤ ص ٣١٦ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص ١٨١ .

(٣) الدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٢ ص ٢٢٦ .

(٤) سيأتي تخريجه في بحث القرض الذي جر منفعة في حديث أبي رافع .

(٥) مغني المحتاج: ٢ ص ١١٩ ومابعدها، المهذب: ١ ص٣٠٣ ، المغني : ٤ص ٣١٤ .

القرض الذي جرّ منفعة : قال الحنفية في الأشهر عندهم : كل قرض جر نفعاً حرام إذا كان مشروطاً ، فإن لم يكن النفع مشروطاً أو متعارفا عليه في القرض ، فلا بأس به ، وعلى هذا فلا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا كان مشروطاً أو متعارفاً ، وإن لم يكن كذلك فيجوز مع الكراهة التحريمية إلا أن يأذن الراهن فيحل ، كما جاء في معتبرات كتب الحنفية ، وقال بعضهم : لا يحل وإن أذن الراهن بالانتفاع . وهذا هو المتفق مع الروح العامة في الشريعة في تحريم الربا .

وكذلك حكم الهدية للمقرض : إن كانت بشرط كره أي تحريماً ، وإلا فلا [١] .

وقال المالكية : يحرم الانتفاع بشيء من أموال المقترض كركوب دابته والأكل في بيته لأجل الدين ونحو ذلك ، كما تحرم هدية المقترض لرب المال . والحرمة تتعلق بكل من الآخذ والدافع [٢] .

وقال الشافعية والحنابلة : لا يجوز قرض جرّ منفعة مثل أن يقرضه ألفاً على أن يبيعه داره ، أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه ، لأن النبي ﷺ « نهى عن سلف وبيع » [٣] والسلف : هو القرض في لغة الحجاز . وروي عن أبي بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضي

---

(١) رد المحتار : ٤ ص ١٨٢ ، مذكرات في الرهن للدراسات العليا لأستاذنا الشيخ علي الخفيف : ص ٩٦ .

(٢) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي عليه : ٢ ص ٢٢٤ ومابعدها .

(٣) سبق تخريج هذا الحديث ، وقد رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص بلفظ « لا يحل سلف وبيع » وله رواية أخرى عند الطبراني في معجمه عن حكيم بن حزام قال : « نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أربع خصال في البيع : عن سلف وبيع ، وشرطين في بيع ، وبيع ماليس عندك ، وربح مالم يضمن» (راجع نصب الراية : ٤ ص١٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٨٥) .

الله عنهم أنهم « نهوا عن قرض جرّ منفعة » [١] ولأن القرض عقد إرفاق وقربة ، فاذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه .

فإن أقرض شخص غيره مطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه في الصفة ، أو زاده في القدر ، أو باع منه داره ، جاز . ولا يكره للمقرض أخذه ، لما روى أبو رافع رضي الله عنه قال استسلف رسول الله ﷺ من رجل بكرا [٢] فجاءته إبل الصدقة فأمرني أن أقضي الرجل بكراً ، فقلت : لم أجد في الابل إلا جملا خياراً رباعياً [٣] ، فقال النبي ﷺ : أعطه إياه ، فان خيركم أحسنكم قضاء » [٤] وروى جابر بن عبد الله رضي الله عنه ، قال : « كان لي على رسول الله ﷺ حق فقضاني وزادني » [٥] وأما النهي عن قرض جر نفعاً فهو ليس بحديث كما أثبت الحافظ الزيلعي

---

(١) هكذا ذكر ابن قدامة في المغني : ٤ ص ٣١٩ . ورواه البيهقي في السنن الكبرى كذلك عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم . وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن أبي طالب بلفظ : « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر منفعة » وفي رواية « كل قرض جر منفعة فهو ربا » واسناده ساقط ، لأن في اسناده سوار بن مصعب الهمداني المؤذن الأعمى وهو متروك . ورواه البيهقي في المعرفة بلفظ : « كل قرض جر نفعاً فهو وجه من وجوه الربا » قال عمرو بن بدر في المغني : لم يصح فيه شيء (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٤٥ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٣٢ ، سبل السلام : ٣ ص ٥٣) وعلى كل فمعناه صحيح تؤيده قواعد الشريعة .

(٢) البكر : هو الثني من الإبل ، والأنثى بكرة ، وقال أبو عبيد : البكر من الإبل بمنزلة الفتى من الناس .

(٣) الخيار : أي المختار ، والرباعي : هو الذي ألقى رباعيته : وهي السن التي بين الثنية والناب : وهو الذي استكمل ست سنين ودخل في السابعة .

(٤) رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن الأربعة (راجع التلخيص الحبير : ص ٢٤٥ ، الموطأ : ٢ ص ١٦٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٣٠)

(٥) رواه البخاري ومسلم وأحمد (راجع نيل الأوطار : ٥ ص ٢٣١)

في نصب الراية ، وكما ذكرنا في الحاشية ، ويمكن فهمه على أنه في القرض الذي شرط فيه النفع أو جرى عليه العرف ، كما قرر الكرخي وغيره .

والاقراض ممن تعود رد الزيادة فيه وجهان : أوجهها عند الشافعية الكراهة . وعند الحنابلة روايتان أصحها الجواز بدون كراهة [٦] .

ويلاحظ أن إيداع المال في صندوق التوفير يطبق عليه حكم القرض فلا تحل الفائدة التي يدفعها الصندوق لواضعي أموالهم فيه ، إذ ليست العلاقة مجرد وديعة كما زعم بعض المفتين ، إذ لو كان هذا المال وديعة محضة لما جاز شرعاً للقائمين على هذا الصندوق أن يستغلوه ويستثمروه في الأعمال ، إذ الذي يملكه الوديع من الوديعة حفظها فقط ، لا التصرف فيها ، لكن المودع إذا أذن بالتصرف في الوديعة كانت قرضاً ، لأن العبرة للمعاني .

---

(٦) مغني المحتاج : ٢ ص ١١٩ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٣٠٤ ، المغني : ٤ ص ٣٢١ ومابعدها .

- ٦ -

بيـــوع الأمانـــة

المرابحة والتوليـــة والوضيعة

أشرنا سابقاً إلى أن البيع ينقسم من ناحية البدل إلى خمسة أقسام :

١ ـ بيع المساومة : وهو البيع بأي ثمن كان من غير نظر إلى الثمن الأول الذي اشتري به الشيء : وهو البيع المعتاد .

٢ ـ بيع المرابحة : وهو البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح .

٣ ـ بيع التولية : هو البيع بمثل الثمن الأول أي برأس المال من غير زيادة ربح ، فكأن البائع جعل المشتري يتولى مكانه على المبيع .

٤ ـ بيع الإشراك : هو كبيع التولية ، إلا أنـــه بيع بعض المبيع ببعض الثمن .

٥ ـ بيع الوضيعة : هو بيع بمثل الثمن الأول ، مع نقصان شيء معلوم منه .

بيع المرابحة

خطة الموضوع :

نفصل الكلام عن المرابحة في المطالب الآتية :

المطلب الأول — شرائط المرابحة .

المطلب الثاني — رأس المال ومايلحق به ومالا يلحق .

المطلب الثالث — مايجب بيانه في المرابحة .

المطلب الرابع — حكم الخيانة إذا ظهرت .

ويلاحظ أن الكلام في هذه المطالب يتناول حكم غير المرابحة : وهي التولية ، والإشراك ، والوضيعة .

المطلب الأول

شرائط المرابحة

يشترط في المرابحة شروط هي مايأتي (١) :

١ — العلم بالثمن الأول : يشترط أن يكون الثمن الأول معلوماً للمشتري الثاني ، لأن العلم بالثمن شرط في صحة البيوع . وهذا الشرط يشمل جميع أخوات المرابحة من التولية والإشراك والوضيعة ، لأنها تعتمد كلها على أساس الثمن الأول أي رأس المال ، فإذا لم يعلم الثمن الأول فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس ، فلو لم يعلم حتى افترق العاقدان عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٠ - ٢٢٢

٢ — العلم بالربح : ينبغي أن يكون الربح معلوماً ، لأنه بعض الثمن ، والعلم بالثمن شرط في صحة البيوع .

٣ — أن يكون رأس المال من المثليات : كالمكيلات ، والموزونات والعدديات المتقاربة ، وهذا شرط في المرابحة والتولية ، سواء تم البيع مع البائع الأول ، أو مع غيره ، وسواء أكان الربح من جنس الثمن الأول ، أو لم يكن بعد أن يكون شيئاً مقدراً معلوماً ، كدرهم ونحوه . فإن كان مما لا مثل له كالعروض [1] لايجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن ليس ذلك العَرْض في ملكه ، لأن المرابحة والتولية بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح عليه في المرابحة .

وعلى هذا إذا كان الثمن الأول غير مثلي كأن يكون من الأعداد المتفاوتة كالدور والثياب والرمان ، والبطيخ ، ونحوها ، فإما أن يبيعه ممن في يده وملكه أو من غيره .

فإن باعه ممن ليس في ملكه ويده ، لم يجز ، لأنه لايمكن بيعه مرابحة بالعرض عينه ؛ إذ أنه ليس في يده ولا ملكه ، ولا بيعه منه بقيمته ، لأن قيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن وفي ذلك يختلف أهل التقويم .

وإن باعه مرابحة ممن كان العرض في يده وملكه فينظر :

آ — إن جعل الربح شيئاً متميزاً عن رأس المال ، معلوماً ، كالدراهم ، وثوب معين مثلًا ، جاز ، لأن الثمن الأول معلوم ، والربح معلوم ، مثل أن يقول : « أبيعك مرابحة بالثوب الذي في يدك وبربح عشرة دراهم » .

ب — وإن جعل الربح جزءاً من رأس المال ، كأن يقول : كل

(١) العروض جمع عرض والعرض المتاع ، وكل شيء سوى الدراهم والدنانير .

عشرة ربحها واحد أي أن الربح بالعُشْر وهو المعروف قديماً بربح « ده يازده » لم يجز ، لأنه جعل الربح جـــزءاً من العرض ، والعرض ليس متماثل الأجزاء، وإنما يعرف ذلك بالتقوم ، والقيمة مجهولة، لأن معرفتها بالحزر والظن (١).

وأما بيعه وضيعة ممن العرض في يـــده وملكه ، فالحكم فيه على عكس المرابحة : وهو أنه إن جعل الوضيعة شيئاً متميزاً عن رأس المال معلوماً كالدراهم ونحوه : لايجوز ، لأنه يحتاج إلى حط ذلك القدر عن رأس المال ، وهو مجهول .

وإن جعل الوضيعة من جنس رأس المال بأن باعه بوضع العُشْر أي أن كل عشرة ينقص منها واحد ، جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من رأس المال ، لأن الجزء الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم (٢) .

٤ — أن لايترتب على المرابحة في أموال الربا وجود الربا بالنسبة للثمن الأول ، كأن يشتري المكيل أو الموزون بجنسه مثلًا بمثل ، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول وزيادة ، والزيادة في أموال الربا تكون ربا ، لا ربحاً . وكذلك لايجوز بيعه مواضعة ، ولكن يجوز بيعه تولية أو إشراكاً ، إذ أنهما بمثل الثمن في كل المبيع أو بعضه ، فلا يتحقق الربا .

فإن اختلف الجنس فلا بأس بالمرابحة ، كأن يشتري ديناراً بعشرة دراهم ، فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز (٣) .

٥ — أن يكون العقد الأول صحيحاً : فان كان فاسداً لم يجز بيع المرابحة ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح ، والبيع الفاسد يثبت الملك فيه بقيمة المبيع أو بمثله ، لا بالثمن ، لفساد التسمية .

(١) فتح القدير : ٥ ص ٢٥٤ ، المبسوط : ١٣ ص ٩١ .

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٢١

(٣) المبسوط: ١٣ ص٨٢ ، ٨٩

المطلب الثاني

رأس المال ومايلحق به ومالا يلحق

رأس المال : هو مالزم المشتري الأول بالعقد : أي ما ملك المبيع به ووجب بالعقد ، لا ما نقده بعد العقد بدلاً عن المسمى في العقد ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول . والثمن الأول : هو ما وجب بالبيع ، فأما مانقده بعد البيع ، فذلك وجب بعقد آخر : وهو الاستبدال ، فيكون الواجب على المشتري الثاني هو المتفق عليه بالعقد ، لا المدفوع بعدئذ بموجب اتفاق آخر .

ومثل ذلك ـ التولية :

وبيان هذا : إذا اشترى إنسان ثوباً بعشرة دراهم ونقد مكانها ديناراً أو ثوباً ، فيكون رأس المال : هو العشرة لا الدينار أو الثوب ، لأن العشرة هي التي وجبت بالعقد ، وإنما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب .

وكذلك من اشترى ثوباً بعشرة دراهم جياد ، ثم إنه دفع إلى البائع عشرة دراهم زيوف أو بعضها جياد وبعضها زيوف ، فقبلها البائع ، ثم أراد أن يبيعه مرابحة ، فيجب على المشتري الثاني أن يدفع الثمن من الجياد ، لأن المضمون بالعقد الأول هو الجياد لكن جعل الزيوف بدلاً عن الثمن الاول بعقد آخر .

ولو اشترى ثوباً بعشرة هي خلاف نقد البلد ، ثم باعه مرابحة ، فان ذكر الربح مطلقاً (أي بدون تحديد صفة معينة) بأن قال : « أبيعك بالثمن الاول ، وربح درهم » كان على المشتري الثاني عشرة مثل التي

وجبت بالعقد الاول وهي عشرة ليست من نقد البلد ، وأما الربح فيكون من نقد البلد ؛ لانه أطلق الربح ، فينصرف المطلق إلى المتعارف ، وهو نقد البلد .

وإن نسب الربح إلى رأس المال ، فقال : « أبيعك بربح العشرة أو بربح العُشْر : « ده يازده » فالربح والعشرة من جنس الثمن الاول لانه جعل الربح جزءاً من العشرة ، فكان من جنسها ضرورة [١] .

وأما مايلحق برأس المال : فهو كل نفقة أنفقت على السلعة وأوجبت زيادة في المعقود عليه سواء في العين أو في القيمة ، وكان ذلك معتاداً إلحاقه برأس المال عند التجار ، وذلك مثل أجرة القصار [٢] والصباغ ، والغسال ، والخياط ، والسمسار ، وسائق الغنم ، وعلف الدواب اعتباراً للعرف ، والعرف حجة لما ورد من الأثر « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » .

ويباع ذلك مرابحة وتولية ، إلا أن البائع لايقول عند البيع : اشتريته بكذا ، ولكن يقول : « قام علي بكذا ، فأبيعك مع ربح كذا » حتى لايكون كاذباً في كلامه .

وأما مالا يلحق برأس المال : فهو أجرة الراعي والطبيب والحجام ، والختان ، والبيطار وأجرة تعليم القرآن ، والأدب والشعر ، والحرف بالنسبة للرقيق في الماضي . ويباع مرابحة وتولية بالثمن الاول الواجب بالعقد الاول لاغير ، لان التجار لم يتعارفوا إلحاق هذه المؤن برأس المال وقد ورد « مارآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » [٣] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٢

(٢) هو محور الثياب ومبيضها بواسطة آلة ، فان لم يستعمل آلة فهو الصباغ .

(٣) فتح القدير : ٥ ص ٢٥٥ ، البدائع : ٥ ص ٢٢٣ ، الدر المختار : ٤ ص ١٦١ .

المطلب الثالث

ما يجب بيانه في المرابحة وما لا يجب

إن بيع المرابحة والتولية بيع أمانة ، لان المشتري ائتمن البائع في إخباره عن الثمن الاول من غير بينة ، ولا استحلاف ، فيجب صيانتها عن الخيانة ، وعن سبب الخيانة والتهمة ، قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لاتخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون » .

وقال ﷺ : « ليس منّا من غشنا » [1] .

وبناء على هذا : إذا حدث بالسلعة عيب في يد البائع أو في يد المشتري، فأراد أن يبيعها المشتري مرابحة ينظر :

إن حدث العيب بآفة سماوية : له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان العيب عند جمهور الحنفية ، لأن الجزء المتعيب لا يقابله شيء من الثمن ، فكأنه دفع الثمن مقابل المبيع على حالته التي آل إليها ، فكان بيان العيب والسكوت عنه على حد سواء [2] .

وقال زفر وجمهور العلماء : لايبيع الشيء المعيب مرابحة حتى يبين العيب الحادث منعاً من شبهة الخيانة ، لأن غرض الناس يختلف بذلك العيب ، ولأن العيب الحادث ينقص به المبيع [3] .

---

(١) سبق تخريج هذا الحديث وله ألفاظ منها هذا ، ومنها : « من غشنا فليس منا » ومنها : « ليس منا من غش » (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ٧٨)

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٢٣ .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ١٦٤ ، المهذب : ١ ص ٢٨٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٧٩ ، المغني : ٤ ص ١٨٢

وإن حدث العيب بفعل المشتري الأول أوبفعل أجنبي لم يجز بيعه مرابحة حتى يبين العيب بالاتفاق .

ولو حدث في المبيع زيادة كالولد ، والثمرة ، والصوف ، واللبن : لم يبعه مرابحة حتى يبين ، لأن الزيادة المتولدة مبيعة عند الحنفية ، ولا يحط ذلك من الثمن ، وإنما يخبر عادة بالثمن من غير زيادة [1] .

ولو استغل الأرض جاز أن يبيعها من غير بيان ، لأن الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لاتكون مبيعة بالاتفاق .

ولو اشترى شيئا نسيئة كثوب بعشرة دراهم : لم يبعه مرابحة حتى يبين ذلك ، لأن الأجل سبب في زيادة الثمن عادة ، فإن ثمن المبيع يختلف بين النسيئة والنقد .

ولو اشترى من إنسان شيئاً بدين له عليه : فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان ، لأنه اشترى بثمن في ذمته ، لأن الدين لايتعين ثمناً .

وإن أخذ شيئاً صلحاً من دين له على إنسان : فليس له أن يبيعه مرابحة على ذلك الدين ، لأن مبنى الصلح على الحط والتساهل ، فلا بد من البيان ليعلم المشتري أنه سامح أم لا ، فيحترز عن التهمة ... بخلاف الشراء في الحالة الأولى ، لأن مبنى الشراء على المماكسة ، [2] فلاحاجة الى البيان .

ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم رقمه [3] بأكثر من الثمن إذا كانت

---

(١) المراجع في الصفحة السابقة في رقمي (٢ ، ٣)

(٢) ماكسه مماكسة : استحطه الثمن واستنقصه إياه .

(٣) سبق تفسير الرقم في البيوع الفاسدة

قيمته أكثر من ذلك ، ثم باعه مرابحة على الرقم ، من غير بيان جاز ، ولا يكون خيانة ، لأنه صادق حيث ذكر الرقم ، ولكن لا يقول : اشتريته بكذا ، لأنه يكون كاذباً فيه . هذا إذا علم المشتري بأن الثمن والرقم متغايران ، فإن علم أنهما سواء ، فيكون ذلك خيانة يوجب له الخيار .

وكذا لو ملك مالاً بالميراث أو الهبة ، فقومه رجل عدل ، ثم باعه مرابحة على قيمته : فيجوز ، لأنه صادق في مقالته [1] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٢٢٤

المطلب الرابع

حكم الخيانة إذا ظهرت

اذا ظهرت الخيانة في المرابحة بإقرار البائع في عقد المرابحة أو ببرهان على ذلك أو بنكوله عن اليمين : فإما أن تظهر في صفة الثمن أو في قدره .

فإن ظهرت في صفة الثمن : بأن اشترى شيئاً نسيئة ، ثم باعه مرابحة على الثمن الأول ، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة . أو أنه باعه تولية ، ولم يبين أنه اشتراه نسيئة ، ثم علم المشتري : فله الخيار باتفاق علماء الحنفية إن شاء أخذ المبيع ، وإن شاء رده ، لأن المرابحة عقد مبني على الأمانة ، إذ أن المشتري اعتمد على أمانة البائع في الإخبار عن الثمن الأول ، فكانت صيانة البيع الثاني عن الخيانة مشروطة دلالة ، فإذا لم يتحقق الشرط ثبت الخيار ، كما في حالة عدم تحقق سلامة المبيع عن العيب .

وكذا إذا لم يخبر أن الشيء المبيع كان بدل صلح ، فللمشتري الثاني الخيار .

وان ظهرت الخيانة في قدر الثمن في المرابحة والتولية بأن قال :

اشتريت بعشرة ، وبعتك بربح كذا ، أو اشتريت بعشرة ووليتك بما توليتُ ، ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة ، فاختلف فقهاء الحنفية :

فقال أبو حنيفة رضي الله عنه ، وقوله هو الأرجح عند الحنفية : المشتري بالخيار في المرابحة : إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء ترك . وأما في التولية : فلا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ، ويلزم

العقد بالثمن الباقي . ووجه الفرق بين المرابحة والتولية : هو أن الخيانة في المرابحة لا تخرج العقد عن طبيعته : وهو كونه مرابحة ، لأن المرابحة بيع بالثمن الأول ، وزيادة ربح . وهذا المعنى متوفر بعد ظهور الخيانة ، فيصبح بعض الثمن رأس مال ، وبعضه ربحاً مما يوجب خللاً في الرضا ، فيثبت الخيار ، كما في الخيانة في صفة الثمن .

وأما في التولية فالخيانة تخرج العقد عن كونه تولية ، لأن التولية بيع بالثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان . فإذا ظهر النقصان في الثمن الأول ، وأثبتنا الخيار للمشتري ، فإنا نخرج العقد عن كونه تولية ونجعله مرابحة ، وهذا إنشاء عقد جديد لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة ، وألزمنا العقد بالثمن الباقي .

وعلى هذا : لو هلك المبيع في يد المشتري الثاني ، أو استهلكه قبل رده ، أو حدث به ما يمنع من الرد كعيب مثلا ، لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره .

وقال أبو يوسف : لا خيار للمشتري ، ولكن يحط قدر الخيانة في المرابحة والتولية . وقدر الخيانة في المثال المذكور : هو درهم في التولية ودرهم في المرابحة وحصة من الربح : وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم ، وذلك لأن الثمن الأول أصل في بيع المرابحة والتولية ، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح ، فتلغو التسمية في قدر الخيانة : ويبقى العقد لازماً بالثمن الباقي .

وقال محمد : للمشتري الثاني الخيار في المرابحة والتولية : إن شاء أخذ المبيع بجميع الثمن ، وإن شاء رده على البائع ، ودليله : أن المشتري لم يرض بلزوم العقد إلا بالقدر المسمى من الثمن ، فلا يلزم

بدونه ، ويثبت له الخيار ، لوجود الخيانة ، كما يثبت الخيار بعدم تحقق سلامة المبيـع عن العيب [١] .

الاشراك : والاشراك حكمه حكم التوليه فيما ذكرنا ، ولكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن . وتفصيل الكلام في القدر الذي تثبت فيـه الشركة يعرف في المطولات [٢]

المواضعة : والمواضعة كما عرفنا : هي بيـع بمثل الثمن الأول مع نقصان معلوم منه ، وتنطبق عليها شروط وأحكام المرابحة [٣] .

---

(١) المبسوط : ١٣ ص ٨٦ ، البدائع : ٥ ص ٢٢٥ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٢٥٦ ، الدر المختار ، ٤ ص ١٦٣

(٢) البدائع : ٥ ص ٢٢٦

(٣) المصدر السابق : ص ٢٢٨

- ٧ -

الإقـــالة

إذا كان البيـع صحيحاً ، لازماً : خاليا من الخيار ، واتفق المتعاقدان على رفعه وإنهائه ، فيتم ذلك عن طريق الإقالة .

وسنتكلم عن مشروعية الإقالة وتعريفها وركنها ثم عن ماهيتهـا وحكمها ، ثم عن شروط صحتها .

مشروعية الاقالة وتعريفها وركنها : الإقالة مندوبة لقوله عليه الصلاة والسلام عن أبي هريرة : « من أقال نادمـاً بيعته ، أقال الله عسرته يوم القيامة » رواه البيهقي . وفي رواية أبي داود : « من أقال مسلماً ، أقال الله عثرته » [١] .

والاقاله لغة : الرفع . وشرعاً : رفع العقد ولو في بعض المبيـع. مثل أن يبيـع إنسان مائة رطل من الحنطة بخمسين ليرة سورية ، ويسلمها إلى المشتري ، ثم يفترق المتعاقدان ، ثم يقول البائع للمشتري : ادفع إليّ الثمن أو الحنطة التي دفعتها اليك ، فدفعها أو بعضها ، فيعتبر ذلك فسخاً في المردود إلى البائع .

---

(١) ورواه هكذا ابن ماجه وزاد (يوم القيامة) ورواه أيضاً ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . (انظر نصب الراية : ٤ ص ٣٠ ، جامع الأصول : ١ ص ٣٧١ ، سبل السلام : ٣ ص ٣٣)

وركنها : الايجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر .

وأما صيغة العقد فلا خلاف في أنه ينعقد بلفظ يعبر بها عن الماضي بأن يقول أحد العاقدين : أقلت ، ويقول الآخر : قبلت أو رضيت ونحو ذلك .

فإذا كان أحد اللفظين يعبر به عن الماضي ، والآخر عن المستقبل ، كأن يقول أحد العاقدين : أقلني ، فيقول الآخر : أقلتك : فقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ينعقد كما هو المقرر في عقد النكاح إذ أنه في العادة ليس في الاقالة مساومة بخلاف البيع ، فيحمل اللفظ على الايجاب .

وقال محمد : لا تنعقد الإقالة إلا بلفظين يعبر بها عن الماضي ، كما في البيع ، لأن ركن الاقالة وهو الإيجاب والقبول ، كركن البيع ، والبيع لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بها عن الماضي .

ولا يتعين لفظ الإقالة وإنما تصح أيضاً بألفاظ أخرى مثل : فاسختك ، وتركت البيع ، وتاركتك ، ورفعت . وكذا تصح بالتعاطي ، ولو من أحد الجانبين ، كما في المبيع ، كأن يقطع البائع القماش قميصاً بمجرد قول المشتري : « أقلتك » [١] .

ماهية الاقالة وحكمها : اختلف الفقهاء في ماهية الاقالة ، فقال المالكية : إنها بيع ؛ لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليه منه .

وقال الشافعية والحنابلة : إنها فسخ ، لأن الاقالة هي الرفع والإزالة

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٤٦ وما بعدها ، الدر المختار : ٤ ص١٥١ .

ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع ، فكان فسخاً ، كالرد بالعيب [١] .

وأما الحنفية فاختلفوا فيما بينهم ، فقال أبو حنيفة رحمه الله ، وقوله هو الصحيح عند الحنفية :

الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق ثالث غيرهما ، سواء قبل القبض أو بعده ، إلا أنه لا يمكن جعلها فسخاً فتبطل ، كأن تلد البهيمة المبيعة بعد القبض لتعذر الفسخ بالزيادة المنفصلة . ودليله على أن الاقالة فسخ هو أنها رفع لغة وشرعاً ، ورفع الشيء فسخه ، وأما أنها بيع فلأن كل واحد من المتعاقدين يأخذ رأس ماله ببدل : وهذا معنى البيع . إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق العاقدين للتنافي [٢]، فأظهرناه في حق ثالث غيرهما . وعلى هذا : فمن اشترى داراً ، ولها شفيع فلم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع ، ثم أقال العاقدان البيع ، فيثبت للشفيع حق طلب الشفعة ثانياً ، لأن الاقالة عقد جديد في حقه وهو المراد بالشخص الثالث هنا.

وقال أبو يوسف : الإقالة بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما ، إلا أن يتعذر جعلها بيعاً ، فتجعل فسخا ، كأن تقع الإقالة قبل القبض في مبيع منقول ، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز ، بخلاف العقار فإنه يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبي حنيفة ، فاقالته بيع . ودليله أن معنى البيع هو مبادلة المال بالمال ، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل ، وقد وجد ، فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها ، والعبرة للمعنى لا للصورة .

---

(١) المغني : ص ١٢١ وما بعدها .

(٢) أي لاختلاف البيع والاقالة في الاسم ، لأن البيع إثبات ، والرفع نفي ، وبينهما تناف .

وقال محمد : الاقالة فسخ إلا إذا تعذر جعلها فسخاً . فتجعل بيعاً للضرورة : كما مثلنا أثناء بيان قول أبي حنيفة . ودليله أن الأصل في الاقالة الفسخ ، لأنها عبارة عن رفع الشيء لغة وشرعاً .

وقال زفر : إنها فسخ في حق الناس كافة [1] . كما قال الشافعية والحنابلة .

وتظهر ثمرة الاختلاف بين الحنفية فيما إذا تقايل المتعاقدان البيع بأكثر من الثمن الأول أو بأقل أو بجنس آخر ، أو أجّلا الثمن في الإقالة :

فعلى قول أبي حنيفة : تصح الاقالة بالثمن الأول ويبطل ما شرطه المتعاقدان من الزيادة أو النقص أو الأجل ، أو الجنس الآخر ، سواء أكانت الاقالة قبل القبض أو بعدها ، لأنها فسخ في حق العاقدين ، والفسخ رفع العقد ، والعقد وقع بالثمن الأول ، فيكون فسخه بالثمن الأول ، ويبطل الشرط الفاسد .

والحكم هكذا على قول زفر ، لأن الاقالة عنده فسخ محض في حق الناس كافة . وعلى قول الشافعية والحنابلة : تبطل الاقالة في هذه الحالات بسبب الشرط الفاسد كما في البيع .

وعلى قول أبي يوسف : تصح الاقالة بما ذكرا من الثمن ، وشرطا من الزيادة والنقصان والأجل ، لأنها بيع جديد .

وعلى قول محمد : إذا كانت الاقالة بغير الثمن الأول ، أو بأكثر منه فهي بيع إذ لا يمكن جعلها فسخاً ، لأن شأن الفسخ أن يكون

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٤٧ ، الدر المختار ورد المحتار : ٤ ص ١٥٤ .

بالثمن الأول ، وإن كانت بمثل الثمن الأول أو أقل فهي فسخ بالثمن ، ويبطل شرط النقصان ، وكذلك إن أجل يبطل الأجل [١] .

شروط الاقالة : يشترط لصحة الاقالة شروط :

أولا : رضا المتقايلين : وسبب هذا الشرط على رأي أبي يوسف ظاهر ، لأن الاقالة بيع عنده ، والرضا شرط من شروط صحة البيوع. وأما على رأي جمهور الحنفية ، فلأن الاقالة فسخ العقد ، والعقد وقع بتراضي العاقدين ، فكذا فسخه .

ثانياً : تقابض بدلي الصرف في إقالة عقد الصرف : وهذا واضح على أصل أبي يوسف . وأما على أصل أبي حنيفة فلأن قبض البدلين إنما وجب حقا لله تعالى ، والاقالة وان كانت فسخاً في حق العاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث ، وحق الشرع هنا بمثابة ثالث ، فتعتبر الاقالة بيعاً في حقه.

ثالثاً : أن يكون محل العقد محتملا للفسخ عند أبي حنيفة وزفر ، لأن الاقالة فسخ للعقد عندهما ، فان لم يكن محتملًا للفسخ بأن ازداد زيادة تمنع الفسخ لا تصح الاقالة .

وعند الصاحبين : لا يشترط هذا الشرط ، لأن الاقالة على أصل أبي يوسف بيع ، والزيادة تحتمل البيع ، فيظل محل العقد محتملًا للاقالة .

وأما على أصل محمد : فإن الاقالة وان كانت فسخاً ، لكن عند الامكان ولا إمكان هنا لأنه إذا حصلت زيادة في المبيع يتعذر الفسخ .

رابعاً : قيام المبيع وقت الاقالة ، لأن الاقالة رفع العقد ، والمبيع

---

(١) البدائع : ٥ ص٣٠٧ ، فتح القدير : ٥ ص٢٤٩ ، الدر المختار : ٤ ص ١٥٥.

محله ، فإن كان هالكا كله وقت الاقالة لم تصح ، وإن هلك بعضه لم تصح الاقالة بقدره .

وأما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط .

ووجه الفرق أن رفع البيع يستدعي قيام البيع ، فإن رفع المعدوم محال وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن ، لأن الاصل هو المبيع ، ولهذا شرط وجوده عند البيع ، بخلاف الثمن . فإذا هلك المبيع لم يبق محل حكم المبيع ، فلا تتصور الاقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة ، وإذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم ، فتصح الاقالة [1] .

---

(١) البدائع : ٥ ص ٣٠٨ وما بعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٢٥٠ ومابعدها ، الدر المختار : ٤ ص ١٥٧ .

هل الملكية الفردية في تشريع الإسلام مطلقة أم مقيّدة

تكلمنا فيما سبق عن البيع كقانون منظم لمعاملات الأفراد وحقوق التملك ، وقد لاحظنا الهدف من قيود الشرع في التعامل ، وأهمها الحفاظ على حقوق الناس الطبيعية فيما يتملكونه من أموال ، فلا تنتقل ملكية أحد إلى آخر إلا في دائرة الحق والعدل ، دون أن يكون هناك غش أو غبن أو تغرير أو استغلال أو جهالة تؤدي إلى المنازعة واضطراب المعاملات، أو أكل أموال الناس بالباطل . وهذه هي أهم الأسباب التي تؤثر على العقد فتجعله فاسداً أو باطلاً ، وذلك هو مناط تحريم العقد في شرعة الإسلام .

لذا كان جديراً أن نتساءل : هل حرية الفرد في تصرفاته ونشاطه في العمل والإنتاج والتملك مطلقة ، أم أن هناك قيوداً من الشرع على حق التملك ؟

تمهيد :

يسود عالم اليوم نظامان متعارضان في الاقتصاد وهما : النظام الرأسمالي والنظام الاشتراكي .

فالنظام الرأسمالي : يعترف بحق الفرد في تملك الأموال ملكية خاصة ، سواء أكانت هذه الأموال من أموال الاستهلاك ، أو من أموال الانتاج على أنه لايشترط أن تكون جميع الأموال مملوكة للأفراد ، بل يجوز للدولة أو أحد فروعها أن تتملك جانباً من هذه الأموال ، كما لايشترط

أن يكون حق الملكية الفردية مطلقاً ؛ بل يجوز أن ترد عليه بعض القيود للمنفعة العامة .

ويقوم النظام الرأسمالي على أساس الحرية الاقتصادية للأفراد ، دون تدخل الدولة لتقييد نشاطهم في الميدان الاقتصادي ، ويكون السعي للحصول على أكبر كسب نقدي هو الدافع المحرك للنشاط الاقتصادي في ظل النظام الرأسمالي .

وقد انتقد هذا النظام ؛ لأنه يؤدي إلى اختلال التوازن في توزيع الثروة بين الأفراد ، وانقسام المجتمع إلى طبقتين : طبقة الرأسمالية الإقطاعية ، وطبقة ذوي الدخل المحدود من عمال وفلاحين ونحوهم ، كما يؤدي إلى تركز الثروة في أيدي فئة قليلة ، وانتشار البطالة والاحتكارات الطبيعية والصناعية . وكان من نتيجة ذلك فشل النظام الرأسمالي في تحقيق الاستقرار الاقتصادي ، وضمان الحياة الرغدة للبشرية .

وقد أدى هذا الفشل إلى رد فعل معاكس ، فازداد تدخل الدولة في الميدان الاقتصادي من ناحية ، وانتشرت المبادىء الاشتراكية من ناحية أخرى (١) .

والنظام الاشتراكي : يقوم على أساس امتلاك الدولة لمختلف وسائل الانتاج (٢) من صناعة وزراعة وثروة طبيعية وخدمات عامة ، ويكون بالتالي لاوجود للملكية الفردية القائمة على أساس الاستغلال والاستعباد ، ولا حرية اقتصادية مطلقة للفرد إلا بمقدار مايمنحه المجتمع إياه وينظمه له .
فالملكية الخاصة لم تلغ إلغاء تاماً ، لأن ملكية الأموال الاستهلاكية

---

(١) راجع أصول الاقتصاد لأستاذنا الدكتور محمد حلمي مراد ص: ١٥١ - ١٨٣
(٢) وهي الارض ورأس المال والعمل .

من أدوات منزلية ونقود وسلع معترف بها ، ويجـوز أن تنتقل هذه الملكية لأموال الاستهلاك إلى الغير بطريق الميراث [١] .

وأما ملكية أموال الانتاج: فهي ملكية اشتراكية تظهر بشكل ملكية للدولة ، أو بشكل ملكية تعاونية . ومع ذلك فلم تلغ الملكية الخاصة لأموال الانتاج إلغاء كاملاً في روسيا ، فيسمح القانون الروسي بالمشاريع الاقتصادية الصغيرة الخاصة بالفلاحين القرويين وبالحرفيين على أن يقومـوا بعملهم شخصياً وبشرط أن لا يستغلوا فيـه جهد الآخرين [٢] مما أوجد نوعاً ثالثاً من أنواع المشروعات الزراعية هـو المشروعات الفردية بجانب المزارع الحكومية والمزارع المشتركة . وعلى هذا فليست الملكية الشخصية حقاً مطلقاً ثابتاً ، وانما هي متطورة في محورها العام نحو الملكية الجماعية لأن الملكية في ذاتها وظيفة اجتماعية تخدم مصالح الجماعة .

وغاية النظام الاشتراكي تحقيق العدالة الاجتماعية ، لذا فإنه يهتم بالدرجة الأولى في اشباع كافة حاجات الأفراد ، ولكن بحسب ضرورتها وأهميتها [٣] من أجل تحقيق مستوى مادي ومعنوي لائق بكرامة الانسان ، ثم السعي

---

(١) هذا هو صريح المادة العاشرة من الدستور السوفييتي .

(٢) هذا هو نص المادة التاسعة من الدستور السوفييتي ، وقريب منها نص المادة السابعة : « لكل عائلة من عوائل المزرعـــة التعاونية بالاضافة إلى دخلها الاساسي الذي يأتيها من اقتصاد المزرعة التعاونية المشترك قطعة من الارض خاصة بها ، وملحقة بمحل السكن . ولها في الأرض اقتصاد إضافي ومنزل للسكنى وماشية منتجة وطيور وأدوات زراعية بسيطة كملكية خاصة » .

(٣) هدف الرأسمالية إشباع حاجات الأفراد بحسب القدرة الشرائية مما يؤدي إلى عجز بعض الافراد عن سد حاجاتهم الضرورية ، بينـــما يشبـع فريق آخر حاجاته الترفية المتعددة .

لرفع ذلك المستوى بشكل مستمر ، مما جعل الجماهير الكادحة تتجه أنظارها الى النظام الاشتراكي باعتباره المنقذ من أدران الرأسمالية .

ويقول منتقدو هذا النظام بأنه يهدر الحق الطبيعي المقدس للفرد : وهو حق الملكية ، كما أنه يعطي الجماعة ممثلة بالدولة سلطات واسعة على حساب الأفراد ، ويقيد الحرية الاقتصادية .

وأما نظام الاسلام الاقتصادي والاجتماعي : فهو العدل الوسط بين النظامين السابقين ، أو بتعبير أدق : هو نظام قائم بذاته ، له فكره الاجتماعي الخاص به ، فهو يعترف بقيمة الفرد ، كما يعترف بحقوق المجتمع ، فيقيم توازناً بينهما ، بل إنه جعل الفرد للجماعة ، والجماعة للفرد من طريق التضامن العام بين الأفراد ، فهو إذن ليس فردياً فقط يؤدي إلى الرأسمالية ، وليس جماعياً فقط يؤدي الى الماركسية ، وإنما يمنح الفرد قدراً من الحرية بحيث لايطغى على كيان الآخرين ، ويمنح المجتمع أو الدولة التي تمثله سلطة واسعة في تنظيم الروابط الاجتماعية والاقتصادية على أساس من الحب المتبادل بين الفرد والجماعة ، لا على أساس الحقد وإيجاد العداوات بين الناس .

وعلى هذا فهو يعترف بحق الانسان في التملك الفردي ، ويمنحه حق الانتفاع والاستغلال والتصرف فيه طيلة حياته وبعد مماته في حدود معينة تعتبر أوسع من القدر الذي تسمح به الشيوعية ، ولكنه لايعطي المالك السلطان المطلق فيما يملك بغير أي قيد عليه كما تفعل الرأسمالية ، فهو لايسمح بالربا والاحتكار ، ولا أن تكون الملكية سبيلاً للاستغلال والطغيان . وبذلك يجمع الاسلام بين مزايا كل من الاشتراكية والرأسمالية ويتجنب أوجه الانحراف والمبالغة في كل منهما [١] .

---

(١) الفكر الاسلامي الحديث للدكتور محمد البهي : ص ٣٨٧ ، شبهات حول الاسلام للأستاذ محمد قطب : ص ٢٧ ، نظرية الاسلام السياسية للمودودي : ص ٥٧

فلا يمكن القول بأن نظام الاسلام الاقتصادي نظام رأسمالي أو اشتراكي لأن للرأسمالية أو الاشتراكيـة في الوقت الحاضر معنى محدداً مفهوماً له خصائص معينة في معالجة الحياة الاقتصادية .

وإنما الاسلام نظام قائم بنفسه لاينسب الى مذهب جديد أو قديم ، وفيه حلول جذرية لمشكلات الحياة ، كما أن فيه قواعد للفرد والمجتمع في الحقوق والواجبات ، وإذا كان في الاشتراكية بعض المعاني الانسانية التي جاء بها الاسلام من ضرورة تحقيق التكافل الاجتماعي ، فلا يعني ذلك أن نظام الاسلام هو النظام الاشتراكي الماركسي .

المال والملكية في تقدير الاسلام :

المال عند الحنفية كما عرفنا : هو مايميل إليه الانسان طبعاً ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة . وعند الجمهور : هو كل ماله قيمة يباع بها ويلزم متلفه وإن قلت ، ومالا يطرحه الناس مثل الفلْس وما أشبه ذلك . وهذا التعريف مأخوذ عن الامام الشافعي رضي الله عنه [١] .

وبناء على التعريف الأول لاتكون المنافع والحقوق المجردة مالاً ماعدا منفعة العين المؤجرة ، وعلى التعريف الثاني تكون المنافع أموالاً متقومة في ذاتها يمكن أن تورث .

والملك : هو اختصاص حاجز شرعاً يسوغ صاحبه التصرف الا لمانع [٢] .

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي : ص ٢٥٨ .

(٢) المدخل الفقهي للاستاذ مصطفى الزرقاء ، المجلد الأول : ح ١ ص ٢٢٠ والمراد من كلمة « حاجز » أنه الذي يخول صاحبه منع غيره وهو قريب المعنى من المفهوم اللغوي للملكية الذي يدل على معنى الاستئثار والاستبداد مما يتعلق بـه من الأشياء . والمراد من جملة « يسوغ صاحبه التصرف » أن الملك قدرة مبتـدأة لا مستمدة من شخص آخر .

والمال في الحقيقة لله سبحانه : « لله ملك السموات والأرض ومافيهن »[١] وتملك الانسان للمال مجازاً أي أنه مؤتمن على المـــال ومستخلف عليه : « وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه » . ويترتب على هذا أن الانسان ملزم بالتقيد بأوامر الله سبحانه في التملك بحسب ما يريده صاحب الملك . والناس على السواء لهم حق في تملك خيرات الأرض . والملكية الفردية حق ممنوح من الله تعالى ، والمال ليس غاية مقصودة لذاتها ، وانما هو وسيلة للانتفاع بالمنافــع وتأمين الحاجيات [٢] .

ومن الجدير بالذكر أنه لم يحدث في تاريخ الاسلام أن أخذ مال غني بغير رضاه ، وأعطي لفقير مهما اشتدت الحاجة وبلغت الفاقة ، وانما كان النبي ﷺ يحض المسلمين على البذل ، ويرغبهم في العطاء من غير أمر ولا عزيمة ، فجاء أبو بكر مرة بماله كلـه ، وجاء عمر بنصف ماله ، وجهز عثمان جيش العسرة بجميع مايلزمـه ، فقال النبي ﷺ : « ما ضر عثمان مافعل بعد اليوم » [٣] .

تقييد الملكية :

يقول بعض الكاتبين : لما كان المال مال الله ، والناس جميعـاً عباد الله ، وكانت الحياة التي يعملون فيها ويعمرونها بمال الله هي أيضاً لله ، كان من الضروري أن يكون المـال — وان ربط باسم شخص معين —

---

(١) المائدة : ١٢٠ .

(٢) انظر اشتراكية الاسلام للمرحوم الدكتور مصطفى السباعي : ص ٧٧ وما بعدها ، التكافل الاجتماعي في الاسلام لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة : ص ١٤ و ما بعدها.

(٣) انظر بحث الملكية الفردية في الاسلام للاستاذ محمد عبد الله كنون المنشور مع أبحاث المؤتمر الأول لمجمع البحوث في الأزهر: ص ١٨٦ ، وانظر حديث عثمان في التلخيص الحبير ص ٢٧٨ .

لجميع عباد الله، وينتفع به الجميع، قال الله تعالى: «هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعاً» وبهذا يكون للمال وظيفة اجتماعية هدفها إسعاد المجتمع وقضاء حاجياته ومصالحه، وتكون الملكية الشخصية إذن في نظر الاسلام وظيفة اجتماعية [١].

ويرى أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة أنه لا مانع من وصف الملكية بكونها وظيفة اجتماعية، ولكن يجب أن يعرف أنها بتوظيف الله تعالى، لا بتوظيف الحكام، لأن الحكام ليسوا دائماً عادلين [٢].

وفي تقديري أن الإسلام منهج واضح لا غبار عليه، واستعمال هذا التعبير المأخوذ من تعاليم الشيوعية أو الاشتراكية الماركسية يزج الاسلام في حمأة المبادىء الماركسية، ويناقض حرية الانسان الطبيعية الفطرية في التملك، ويضلل الافكار في فهم حقيقة نظرة الاسلام للملكية، فالملكية الفردية حق مقدس في الاسلام، اللهم إلا في حدود حق الغير ومصلحة المجتمع. فحق الملكية ليس وظيفة اجتماعية تجعل المالك مجرد موظف لصالح الجماعة وإنما هو ذو وظيفة اجتماعية، كما أنه ذو صفة فردية.

وبعبارة أخرى: إن الاسلام لا يمنع الملكية الفردية مطلقاً، ولا يطلقها بلا حدود. قال الله تعالى: «يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»، «والله فضل بعضكم على بعض في الرزق»، «ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء» ويقول الرسول ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وماله وعرضه» [٣] «لا يحل

---

(١) انظر مقال شيخ الأزهر السابق أستاذنا الشيخ محمود شلتوت في جريدة الجمهورية ٢٢ كانون الاول (ديسمبر) ١٩٦١، اشتراكية الاسلام للسباعي: ص ٨٠.

(٢) التكافل الاجتماعي في الاسلام، المصدر السابق: ص ٢٣

(٣) رواه مسلم وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه (راجع الترغيب والترهيب: ٣ ص ٦٠٩ وما بعدها).

مال امرىء مسلم إلا بطيب نفسه » [١] .

وعلى هذا فيحرم التعدي على ملكيات الأفراد ما دامت مشروعة ، لذلك قرر الإسلام عقوبات على السرقة والغصب والنهب والسلب والغش ، وطالب بضمان الأموال المتلفة . وأما الملكية غير المشروعة فيجوز للدولة التدخل في شأنها لرد الأموال إلى أصحابها ، بل إن لها الحق أحياناً في مصادرتها، سواء أكانت منقوله أم غير منقولة ، كما فعل سيدنا عمر في مشاطرة بعض ولاته الذين وردوا عليه من ولاياتهم بأموال لم تكن لهم ،استجابة لمصلحة عامة : وهو البعد بها عن الشبهات وعن اتخاذها وسيلة للثراء [٢].

وكذلك يحق للدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة سواء في أصل حق الملكية ، أو في منع المباح والتملك من المباحات قبل الإسلام وبعده إذا أدى استعماله إلى ضرر عام ، كما يتضح من مساوىء الملكية الإقطاعية ، ومن هنا يحق لولي الأمر العادل أن يفرض قيوداً على الملكية ، فيحددها بمقدار معين أو ينتزعها من أصحابها مع دفع تعويض عادل عنها إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين [٣]. ومن المقرر عند الفقهاء أن لولي الأمر أن ينهي إباحة الملكية بحظر يصدر منه لمصلحة تقتضيه ، فيصبح ما تجاوزه أمراً محظوراً ، فإن

---

(١) أخرجه الدار قطني في سننه بلفظ « « لا يحل لا مرىء من مال أخيه شيء إلا ماطابت بـه نفسه » وله ألفاظ وروايات كثيرة منها : ما رواه الحاكم وابن حبان في صحيحيهما عن أبي حميد الساعدي بلفظ:«لا يحل لامرىء أن يأخذ عصا أخيه بغير طيبة نفس منه » (انظر مجمع الزوائد : ٤ ص ١٧١ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٩ ، سبل السلام ٣ ص ٦٠) .

(٢) انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٤ .

(٣) انظر بحث الاستاذ الشيخ علي الخفيف « الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام » : ص ١١٣ ، ١٢٨ وما بعدها من كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الاسلامية.

طاعة ولي الأمر واجبة بقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم » وأولو الأمر : الأمراء والولاة كما روى ابن عباس وأبو هريرة ، وقال الطبري : إنه أولى الأقوال بالصواب .

ومن أمثلة تدخل ولي الأمر في الملكية : ما روى محمد الباقر عن أبيه علي زين العابدين أنه قال : « كان لسمرة بن جندب نخل في حائط (أي بستان) رجل من الانصار ، وكان يدخل هو وأهله فيؤذيه : فشكا الأنصاري ذلك إلى رسول الله ﷺ فقال رسول الله لصاحب النخل بعه ، فأبى ، فقال الرسول : فاقطعه ، فأبى ، فقال : فهبه ولك مثله في الجنة ، فأبى ، فالتفت الرسول إليه وقال : أنت مضار ، ثم التفت إلى الأنصاري ، وقال : اذهب فاقلع نخله »[1] ففي هذه الحادثة ما يدل على أن النبي ﷺ لم يحترم الملكية المعتدية ، وهو القائل في القضاء في حقوق الارتفاق : « لا ضرر ولا ضرار »[2] ، وروى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « لا يمنع أحدكم جاره خشبة يغرزها في جداره »[3] .

ومن الأمثلة أيضاً ما روى الامام مالك في الموطأ وهو أن رجلا اسمه الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض (وادٍ في المدينة) ، فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى ، فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، فأمره أن يخلي سبيله ، فقال محمد :

---

(١) انظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى ، مطبعة البابي الحلبي : ص ٢٨٥

(٢) رواه مالك في الموطأ مرسلاً عن عمر بن يحيى عن أبيه ، ورواه أحمد في مسنده وابن ماجه والدار قطني في سننيهما مسنداً عن أبي سعيد الخدري . وله طرق يقوي بعضها بعضاً . والضرر : إلحاق مفسدة بالغير ، والضرار : مقابلة الضرر بالضرر .

(٣) رواه مالك وأحمد وابن ماجه

« لا ، فقال عمر : لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه ، وهو لك نافع ، تسقي به أولا وآخراً ، وهو لا يضرك ؟! فقال محمد : لا والله ، فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك ، فأمره عمر أن يمر به ، ففعل الضحاك »[1] ففي هذا ما يدل على أنه لا يكفي الامتناع من الضرر ، بل يجب على المسلم في ملكه أن يقوم بما ينفع غيره ما دام لا ضرر عليه فيه .

ويمكن أن يعتبر مسوغاً لتنظيم الملكية أو تقييدها — بناء على قاعدة الضرورات تبيح المحضورات — كون صاحبها مانعاً لحقوق الله تعالى فيها أو اتخاذها طريقاً للتسلط والظلم والطغيان ، أو التبذير والاسراف وتبذير الأموال ، أو إشعال نار الفتن والاضطرابات بين الناس ، أو الاحتكار والتلاعب بأسعار الأشياء ، ومحاولة تهريب الأموال إلى خارج البلاد ، أو دفع ضرر فقر ألم بفئة من الناس ، أو لإهدار الأموال المجموعة من الربا[2] ، وذلك بشرط أن يكون إجراء استثنائياً مرهوناً بوقت الحاجة لا تشريعاً دائماً ، وبشرط أن لا يهدم رأس المال من أصله .

قيود الملكية :

قيود الملكية ثلاثة : أولها : أن تكون في دائرة منع الضرر . ثانيها — ليس كل شيء قابلاً للتملك الفردي . ثالثها — للجماعة أو للدولة حقوق مفروضة على الملكية الخاصة .

القيد الأول — منع الاضرار بالآخرين : إن الحقوق المقررة على الملكية أساسها أمران :

---

(١) الموطأ : ٢ ص ٢١٨ وما بعدها ، وهناك حادثة أخرى في الموطأ تشابه هذه الحادثة قضى فيها عمر .

(٢) الربا والاحتكار هما مصيبة الرأسمالية الطاغية ، إذ مكناها رويداً رويداً من تجميع الثروات في أيديها وحرمان سائر الناس منها (جاهلية القرن العشرين لمحمد قطب : ص ٢٧٨)

١ — منع ضرر الغير ، لأن كل حق في الاسلام مقيد بمنع الضرر .
٢ — نفع الغير إن لم يكن ثمة ضرر لاحق به [١] .

والضرر أربعة أقسام عند العلماء [٢] :

١ — الضرر المؤكد الوقوع : وهو أن يترتب على تصرف المالك في ملكه ضرر مؤكد بغيره عند استعمال حقه المأذون فيه . وحكم ذلك أنه إذا تمكن صاحب الحق من استعمال ملكه دون إضرار بغيره ، فيمنع من الضرر ، وإذا كان لا يمكنه تفادي الضرر ينظر : إن كان الضرر عاماً ، فإنه يمنع ، لأنه يتحمل الضرر الخاص في سبيل دفع الضرر العام. وإذا كان الضرر خاصاً بالآحاد ، فيكون حق صاحب الحق الأول أولى بالاعتبار .

٢ — الضرر الغالب وقوعه : وهو أن يكون الضرر كثير الوقوع عند القيام بالفعل ، وهذه الحال تلحق بسابقتها : وهي المقطوع فيها بوقوع الضرر ، لأن غلبة الظن تقوم مقام اليقين في الأحكام العملية .

٣ — الضرر الكثير غير الغالب : وهو أن يكون ترتب المفسدة على الفعل كثيراً في ذاته إذا وقع ، ولكن لا يغلب على الظن وقوعه .

وفي هذا اختلف الفقهاء : فالمالكية والحنابلة يرون العمل بقاعدة « دفع المضار مقدم على جلب المصالح » واحتمال وقوع الضرر كاف لمنع الفعل . والحنفية والشافعية يرون أن الفعل مشروع في أصله ، واحتمال الضرر لا يصلح دليلاً على الضرر المتوقع ، فلا يمنع حق لمجرد احتمال الضرر .

٤ — الضرر القليل : وهو أن يكون الضرر المترتب على استعمال الحق المأذون فيه نادر الوقوع ، أو كان في ذاته قليلاً . وهو لا يلتفت

---

(١) التكافل الاجتماعي للاستاذ محمد أبو زهرة : ص ٢٤

(٢) المصدر السابق : ص ٦٤ — ٦٦

إليه لقلته إذ العبرة بأصل الحق الثابت ، فلا يعدل عنه إلا لعارض الضرر الكثير بالغير .

القيد الثاني — منع الملكية الخاصة في بعض الحالات :

ليست كل الاموال قابلة للتملك الفردي ، فهناك أنواع ثلاثة من المال لا تقبل الملكية الفردية وإنما هي مملوكة للجماعة [١] ، وما عدا ذلك من المرافق الخاصة كالمزروعات والمصنوعات يجوز للأفراد تملكها والتصرف فيها .

النوع الأول : الأموال ذات النفع العام كالمساجد والمدارس والطرقات والأنهار والأوقاف الخيرية ونحو ذلك من المنافع العامة التي لا تؤدي غايتها إلا إذا كانت للجماعة .

النوع الثاني : الأموال الموجودة بخلق الله تعالى ، كالمعادن والبترول والأحجار والماء والكلأ والنار ، فهذه الأشياء لم يوجدها البشر وإنما هي مخلوقة بخلق الله تعالى . وكون المعادن مملوكة للدولة وتستخدم من أجل المرافق العامة هو الرأي الراجح عند المالكية ، وهو الحق . وأما غير المالكية فعندهم تفصيلات تعرف في كتبهم ، ولكنهم متفقون على أن للدولة فيها حظاً كبيراً .

النوع الثالث : الأموال التي تؤول ملكيتها للدولة من الأفراد أو يكون للدولة عليها الولاية .

والأراضي الخراجية الزراعية التي آلت إلى المسلمين بالفتح كأراضي الشام ومصر والعراق وفارس وما وراءها تعتبر كالمعادن مملوكة للدولة ، وتعتبر اليد القائمة عليها يد اختصاص وانتفاع ، لا يد تملك تام أي (للرقبة

---

(١) انظر التكافل الاجتماعي للأستاذ أبي زهرة : ص ٢٩ وما بعدها

والمنفعة معاً . وإذا كانت أغلب أراضي المسلمين هي أراضي خراجية ويد الزراع عليها ليست يد ملك مطلق ، فإن لولي الأمر أن ينتزع الاراضي من أيدي واضعي اليد عليها ويعوضهم عنها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك . وقد ثبت أن رسول الله ﷺ حمى أرضاً بالمدينة وهو النقيع (موضع معروف بالمدينة) لترعى فيها خيل المسلمين [١] أي أنه جعلها مشاعة لجميع الناس أي مؤممة للجماعة . وحمى عمر رضي الله عنه أرضا بالرَّبذَة والشَّرف (وهما موضعان بين مكة والمدينة) وجعل كلأهما للمسلمين كافة ، فجاءه أهلها يشكون قائلين : « يا أمير المؤمنين ، إنها أرضنا ، قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها ، علام تحميها ؟ » فأطرق عمر وقال : « المال مال الله ، والعباد عباد الله ، والله لولا ما أحمل في سبيل الله ما حميت من الأرض شبراً في شبر » وظاهر هذا الأثر أن أن حمى عمر كان في أرض لأهلها فيها منافع ومرافق بسبب الجوار ، ولم يمنعه من حمايتها على أهلها حين دعت إلى ذلك مصلحة عامة [٢] .

القيد الثالث ــ حقوق الجماعة في ملكيات الأفراد :

للجماعة أو للدولة حقوق في أموال وملكيات الأفراد يترتب على أدائها

---

(١) رواه أحمد وابن حبان عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع للخيل - خيل المسلمين . ورواه أحمد وأبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وقال « لاحمى إلا لله ولرسوله » للبخاري منه : « لا حمى إلا لله ولرسوله » وقال: بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع ، وأن عمر حمى الشَّرَف والرَّبذَة » (انظر جامع الاصول:٣ص ٣٣١،مجمع الزوائد : ٤ص ١٧١، نيل الأوطار: ٥ص ٣٠٨) ويكون حمى الارض بجعلها حرماً يمنع غير حاميها من الرعي والاقامة ، والحمى كان الغرض منه مجرد انتفاع مقصور على الحامي مدة موقوتة تتحدد بصلاحية المكان للرعي ، فإذا انتهت صلاحيته انتهت حمايته .

(٢) بحث الأستاذ علي الخفيف « الملكية الفردية وتحديدها في الاسلام »: ص١٠٨ من كتاب المؤتمر الأول لمجمع البحوث الاسلامية »

تفتيت الثروات الضخمة ، لأن الإسلام يكره تكديس الاموال واكتنازها فيجب مساهمة ذوي الحاجات في أموال الأغنياء تحقيقاً للعدالة الاجتماعية في توزيع الثروات ، كما يجب على الأغنياء المساهمة في تدعيم موارد الخزينة العامة للمحافظة على كيان الأمة . وهذه الحقوق العامة للجماعة في أموال الأغنياء أو الموارد المالية للدولة تتلخص فيما يأتي [١] :

١ - **الزكاة** : الزكاة تشريع إلزامي في الاسلام يجب على الأغنياء القيام بتنفيذه ، وتقوم الدولة بجباية الزكوات من أصحاب رؤوس الأموال ولها أن تجبرهم على أدائها ، فليست الزكاة صدقة كما يظن بعض الكاتبين كما أنها ليست اذلالاً للفقير ، وإنما هي حق مستقيم واجب ديانة وقانوناً وهي تؤخذ من الأموال النامية المنتجة ، وهي أربعة أقسام في عرف المسلمين في الماضي :

١ً) النَّعَم : وهي الإبل والبقر والغنم التي ترعى أغلب العام في عشب مباح ، ومقادير المأخوذ منها معروفة في كتب السنة والفقه .

٢) النقدان : الذهب والفضة بنسبة ربع العشر ٢٫٥ ٪ ، ويمثلها في عصرنا الأوراق النقدية .

٣) أموال التجارة بنسبة ربع العشر .

٤) الزروع والثمار بنسبة العشر فيما يسقى بغير آلة ، ونصف العشر إن كانت تسقى بآلة .

٢ - **تأمين حاجيات الدفاع عن البلاد** : إذا اقتضت حاجات الدفاع عن الأمة أو الجهاد في سبيل الله بعض الأموال ، ولم يكن في

---

(١) انظر اشتراكية الإسلام للسباعي : ص ١٢١ ، ١٢٦ وما بعدها ، التكافل الاجتماعي في الإسلام للأستاذ محمد أبو زهرة . ص ٧٩ وما بعدها .

الخزينة العامة ما يكفي لسد تلك الحاجة ، فعلى الدولة أن تفرض في أموال الناس من الضرائب بقدر ما يندفع به الخطر ، وقد نص على ذلك كثير من علماء الإسلام مثل الغزالي [١] والشاطبي والقرطبي .

٣ ـ **كفاية الفقراء** : وللدولة أيضاً أن تطالب الأغنياء بإغناء الفقراء ، فهي ممثلة لهم ، قال عليه الصلاة والسلام ـ فيما يرويه علي بن أبي طالب رضي الله عنه : « إن الله فرض على أغنياء المسلمين في أموالهم بقدر الذي يسع فقراءهم ، ولن يجهد الفقراء إذا جاعوا أو عروا إلا بما يصنع أغنياؤهم ، ألا وإن الله يحاسبهم حساباً شديداً ويعذبهم عذاباً أليماً » [٢] وقال عليه السلام أيضاً «أيما أهل عَرْصة (أي بقعة) أصبح فيهم امرؤ جائعاً فقد برئت منهم ذمة الله تبارك وتعالى » [٣] . وقال عليه الصلاة والسلام أيضا : « إن في المال حقاً سوى الزكاة » [٤] وقال سيدنا عمر رضي الله عنه : « لو

(١) انظر الوسيط في أصول الفقه للمؤلف : ص ٤٢٤ .

(٢) رواه الطبري في الأوسط والصغير وقال :تفرد به ثابت بن محمد الزاهد ، قال الحافظ ابن حجر : وثابت ثقة صدوق روى عنه البخاري وغيره ، وبقية رواته لا بأس بهم ، وروي موقوفاً على علي رضي الله عنه وهو أشبه (انظر الترغيب والترهيب: ص ٥٣٨ ، مجمع الزوائد : ٣ ص ٦٢)

(٣) رواه الحاكم وأحمد بلفظ «من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برىء من الله، وبرىء الله منه، وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وفي إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والأول مختلف فيه ، والثاني قال ابن حزم. إنه مجهول ، وقال غيره: معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة واحتج به النسائي (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ٢٢١)

(٤) رواه الترمذي عن فاطمة بنت قيس بلفظ « إن في المال حقاً سوى الزكاة » وقال : « إسناده ليس بذاك » (انظر التلخيص الحبير : ص ١٧٧) وروى ابن حزم عن ابن عمر أنه قال : « في مالك حق سوى الزكاة » ثم قال : وصح عن الشعبي ومجاهد وطاوس وغيرهم كلهم يقول: في المال حق سوى الزكاة ، ثم ذكر أنه لا خلاف في هذا إلا عن الضحاك بن مزاحم ، وهو ليس بحجة .

استقبلت من أمري ما استدبرت لأخذت فضول أموال الاغنياء ، فرددتها على الفقراء » قال ابن حزم [١] في كتاب المحلى : « فرض على الأغنياء من كل بلد أن يقوموا بفقرائها ، ويجبرهم السلطان على ذلك إن لم تقم الزكوات بهم ولا في سائر أموال المسلمين ، فيقام لهم بما يأكلون من القوت الذي لا بد منه ، ومن اللباس في الشتاء والصيف بمثل ذلك وبمسكن يكنهم من المطر والصيف والشمس وعيون المارة » [٢] .

٤ ـ **الانفاق على الاقارب** : يجب على الانسان أن يكفي أقاربه إذا كانوا محتاجين كالآباء والأجداد والابناء وفروعهم . وأما الاخوة وفروعهم والأعمام والعمات والأخوال والخالات فقد اختلفت المذاهب في أمر الانفاق عليهم .

٥ ـ **صدقات الفطر** : تجب صدقة الفطر على الرجل بالنسبة لمن تلزمه نفقتهم من زوجة وولد وخادم .

٦ ـ **الأضاحي** : تجب الأضحية مرة في العمر عند أبي حنيفة ، وهي سنة مؤكدة عند جمهور الأئمة .

---

(١) يعتبر ابن حزم بعد أبي ذر الغفاري مفكر الاشتراكية الاسلامية ، فهو أول من نظر في استنباط الأحكام إلى الحياة الإنسانية التي جاءت الاحكام لتنظيمها ، فأحس بمشكلة الفقر في المجتمع . وأهم مظاهر الفقر : الجوع والعري وفقد المأوى ، وهذه في في الواقع هي الحاجات الأساسية للبشرية، ثم قرر أن الزكاة ليست كل الواجب، وأن الواجب الإسلامي لا يتم إلا بتحقيق وسائل الحياة الكريمة للطبقة الفقيرة وبذلك يكون للفقراء حق في أموال الأغنياء غير مقيد الزكاة ، وأن للدولة أن تأخذ من الاغنياء ما يمكن أن يسد حاجات الفقراء (انظر بحث الدكتور ابراهيم اللبان وموضوعه « حق الفقراء في أموال الأغنياء » المنشور مع أبحاث المؤتمر الأول لمجمع البحوث الاسلامية : ص ٢٤٩ ومابعدها .

(٢) المحلى : ح ٦ ص ٤٥٢ م ٧٢٥

٧ — **النذور والكفارات** : يجب على المسلم أن يفي بنذره إذا نذر أن يتبرع لله بمال ، كما يجب عليه الكفارة بإطعام الفقراء والمساكين جزاء لبعض الآثام كالحنث في اليمين والظهار ، أو بسبب الاخلال ببعض الواجبات الدينية كالإفطار في رمضان بالنسبة للعاجز أو الذي ينتهك حرمة الصيام بالجماع نهاراً ، ونحو ذلك كالواجبات التي تجب أثناء الإحرام بالحج .

وهناك أوجه كثيرة الإنفاق في سبيل الله حث عليها الاسلام ، كما أن هناك موارد اخرى لبيت المال كالأوقاف والغنائم وهو ما يحقق معنى التكافل الاجتماعي في الاسلام .

وهناك أيضاً قيود أخلاقية دينية كالمكاسب ينبغي على الدولة ملاحظتها لمنع الاستغلال واختلال توازن الثروات مثل تحريم الربا والاحتكار والميسر والغش والرشوة والتغرير والغبن والتدليس وإنقاص المكيال والميزان ونحو ذلك .

والخلاصة أن هناك قيوداً كثيرة في الاسلام على حق الملكية الشخصية منها ما هو قانوني إلزامي ، ومنها ما هو أخلاقي ديني يتطلب فهماً صحيحاً وتطبيقاً شاملاً لدين الاسلام ، لأن الاسلام منهج عـــام شامل للحياة وكل لا يتجزأ ، وتشريعاته حتى العبادات منها يكمل بعضها بعضاً لمعالجة كل متطلبات الحياة الحديثة وضرورات الاقتصاد المعاصر .

عقد الايجار

عقد الاجارة كالبيع من العقود المسماة [1] التي عني التشريع الاسلامي ببيان أحكامها الخاصة بها بحسب ما تقتضيه طبيعة عقدها ، وهي تختلف عن عقد البيع في أنها مؤقتة المدة ، بينما عقد البيع لا يقبل التأقيت ، وإنما هو مؤبد ، لأنه لا يترتب عليه انتقال ملكية العين .

وعقد الاجارة من العقود الهامة في الحياة العملية ، لذا فإننا سنتكلم عن أهم خصائصها وأحكامها في المطالب الآتية :

المطلب الأول — مشروعية الاجارة وركنها ومعناها

المطلب الثاني — شروط الاجارة

المطلب الثالث — صفة عقد الاجارة وحكمه

المطلب الرابع — نوعا الاجارة وأحكامها

المطلب الخامس — ضمان الاجير وسقوط أجره بهلاك العين

المطلب السادس — اختلاف المتعاقدين في الاجارة

المطلب السابع — انتهاء عقد الاجارة

---

(١) وهي التي سماها المشرع ونظمها مثل البيع والاجارة والشركة والكفالة والهبة فتطبق عليها القواعد العامة للعقود ، والقواعد الخاصة بها ، أما العقود غير المسماة وهي التي لم ينظمها المشرع مثل العقود الحديثة الظهور كعقد التوريد وعقد النزول في فندق . فهي تخضع للقواعد العامة .

المطلب الأول

مشروعية الاجارة وركنها ومعناها

مشروعية الاجارة : اتفق الفقهاء على مشروعية عقد الاجارة ما عدا أبا بكر الأصم واسماعيل بن علية فإنهما لم يجيزاه ، لان الاجارة بيع المنفعة ، والمنافع حال انعقاد العقد معدومة القبض ، ثم تستوفى شيئاً فشيئاً مع الزمن ، والمعدوم لا يحتمل البيع ، ولا يجوز إضافة البيع إلى شيء في المستقبل .

واستدل الجمهور على جواز عقد الايجار بالقرآن والسنة والاجماع :

أما القرآن : فقوله تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وقوله عز وجل حاكيا قول إحدى ابنتي شعيب عليه السلام : « قالت إحداهما : يا أبت استأجره ، إن خير من استأجرت القوي الأمين . قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ، فإن أتممت عشراً فمن عندك » والاستدلال بهذه الآية صحيح عند القائلين بأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ .

وأما السنة : فقوله عليه السلام : « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه » [1] .

---

(١) روي من حديث أبي هريرة ، ومن حديث ابن عمر ومن حديث جابر ومن حديث أنس ، فحديث أبي هريرة رواه أبو يعلى في مسنده ، وحديث ابن عمر أخرجه ابن ماجه في سننه ، وحديث جابر رواه الطبراني في معجمه الصغير ، وحديث أنس رواه أبو عبد الله الترمذي الحكيم في كتاب نوادر الأصول . قال ابن حجر : كلها ضعاف (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٢٩ وما بعدها ، مجمع الزائد : ٤ ص ٩٧ ، سبل السلام : ٣ ص ٨١) .

فالأمر باعطاء الأجر دليل على صحة الايجار ، وقوله ﷺ : « من استأجر اجيراً فليعلمه أجره » [١] .

وروى سعيد بن المسيب عن سعد رضي الله عنه قال : « كنا نكري الارض بما على السواقي من الزرع ، فنهى رسول الله ﷺ عن ذلك ، وأمرنا أن نكريها بذهب أو ورِق » [٢] .

وروى ابن عباس رضي الله عنه أن النبي ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجره [٣] .

وأما الإجماع : فقد أجمعت الأمة في زمن الصحابة على جواز الإيجار قبل وجود الأصم وابن علية وذلك لحاجة الناس إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان ، فلما جاز عقد البيـع على الأعيان، وجب أن يجوز عقد الإجارة على المنافع [٤].

---

(١) رواه عبد الرزاق في مصنفه عن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري ، ورواه محمد بن الحسن في كتاب الآثار ، وفيه انقطاع ، ووصله البيهقي من طريق أبي حنيفة . قال أبو زرعة : الصحيح موقوف أي على أبي سعيد. (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣١، سبل السلام: ٣ ص ٨٢ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٩٢)

(٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائي عن سعد بن أبي وقاص بلفظ « أن أصحاب المزارع في زمن النبي صلى الله عليه وسلم كانوا يكرون مزارعهم بما يكون على السواقي وما سعد بالماء مما حول النبت، فجاؤا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاختصموا في بعض ذلك ، فنهاهم أن يكروا بذلك ، وقال :أكروا بالذهب والفضة » (انظر نيل الاوطار: ٥ ص ٢٧٩)

(٣) رواه أحمد والبخاري ومسلم ، زاد البخاري في لفظ «ولو كان سحتا لم يعطه» (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٤ ، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٨٥ ، سبل السلام :٣ص ٨٠)

(٤) انظر المبسوط للسرخسي : ١٥ ص ٧٤ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٤٧ ، البدائع : ٤ ص ١٧٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢١٨ ، المهذب :١ص ٣٩٤ ، المغني : ٥ ص ٣٩٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٢ .

ركن الاجارة ومعناها : ركن الإيجار : الإيجاب والقبول،وذلك بلفظ الإجارة والاستئجار والاكتراء والاكراء .

ومعنى الإيجار لغة : بيع المنفعة . ومعناه الشرعي هو معناه اللغوي ، ولذا قال الحنفية : الايجار عقد على المنافع بعوض (١) .

وقال الشافعية : الإيجار : عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم . ومحترزات قيود التعريف هي أنه خرج بقولهم « منفعة »: العين ، فالعقد عليها بيع أو هبة ، وبقولهم : « مقصودة » : المنفعة التافهة كاستئجار بياع على كلمة لا تتعب ، وبقولهم « معلومة » : المضاربة والجعالة على عمل مجهول . وأما قيد « قابلة للبذل والإباحة » فهو لإخراج منفعة البُضع ، فإن العقد عليها لا يسمى إجاره ، والقيد الأخير لإخراج هبة المنافع والوصية بها والشركة والإعارة (٢) .

وقال المالكية : الايجار : تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض (٣) . وبمثل ذلك قال الحنابلة (٤) .

وإذا كانت الإجارة بيع المنافع فلا تجوز إجارة الشجر والكرم للثمر لأن الثمر عين ، والإجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز إجارة

---

(١) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٤٥ ، البدائع : ٤ ص ١٧٤ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٠٥ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ١ . وقد آثرنا لفظ الايجار على لفظ الإجارة لأن الإجارة اسم للأجرة : وهي ما أعطيت من كراء الأجير ، وهي ليست مصدراً لفعل « أجر » إذ لم تسمع مصدراً قط ، ومن المعروف أن مصدر الفعل الثلاثي سماعي لا قياس فيه . وإذا استعملنا لفظ الاجارة أحياناً فهو مجاراة للاصطلاح الشائع .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٢٣٢

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٢

(٤) انظر المغني لابن قدامة : ٥ ص ٣٩٨

الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها ، لأن هذه أعيان ، فلا تستحق بعقد الإجارة . ولا تجوز إجارة ماء في نهر أو بئر أو قناة أو عين ، لأن الماء عين ، ولا يجوز استئجار الآجام التي فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد ، لأن كل ذلك عين .

ولا تجوز إجارة المراعي ، لأن الكلأ عين فلا تحتمل الاجارة .

ولا يجوز استئجار الفحل للضراب ، لأن المقصود منه النسل وذلك بإنزال الماء وهو عين ، وقد ثبت أنه ﷺ « نهى عن عسْب الفحل »[١] أي كرائه ، وقد حذفت كلمة « الكراء » من باب المجاز المرسل مثل : « واسأل القرية » . ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات ، لأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا بعد استهلاك أعيانها ، والمعقود عليه في الإجارة هو المنفعة لا العين [٢] .

---

(١) رواه البخاري وأحمد والنسائي وأبو داود عن ابن عمر ، وروي عن آخرين بألفاظ ستأتي الاشارة إليها (نيل الاوطار : ٥ ص ١٤٦)

(٢) البدائع : ٤ ص ١٧٥

المطلب الثاني

شروط الإجارة

يشترط في عقد الإيجار أربعة أنواع من الشروط كما في عقد البيع : وهي شروط الانعقاد ، وشروط النفاذ ، وشروط الصحة ، وشروط اللزوم . ونشير هنا إلى بعض هذه الشروط ، ونحيل ما بقي منها على ما هو مقرر في عقد البيع .

آ – **شروط الانعقاد** : وهي ثلاثة أنواع : بعضها يرجع للعاقد ، وبعضها يرجع لنفس العقد ، وبعضها يرجع لمكان العقد . ونقتصر على ذكر ما يرجع للعاقد : وهو العقل . أي أن يكون العاقد عاقلاً ، فلا تنعقد الإجارة من المجنون والصبي غير العاقل كما لا ينعقد البيع منهما. ولا يشترط البلوغ للانعقاد ولا للنفاذ عند الحنفية، فلو أجر الصبي المميز ماله أو نفسه : فإن كان مأذوناً في ذلك وغيره ينفذ عقده ، وإن كان محجوراً عن التصرفات يقف على إجازة وليه [1] .

وقال المالكية : إن التمييز شرط في الإيجار والبيع ، والبلوغ شرط للنفاذ ، فالصبي المميز إذا أجر نفسه أو سلعته صح ذلك ، وتوقف العقد على رضا وليه [2] .

وقال الشافعية والحنابلة : يشترط التكليف : وهو البلوغ والعقل لانعقاد

(١) البدائع : ٤ ص ١٧٦
(٢) الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٣

الإيجار ، لأنه عقد تمليك في الحياة ، فأشبه البيع [١] .

ب ـ **شروط النفاذ** : يشترط لنفاذ عقد الإجارة توافر الملك أو الولاية، فلا تنفذ إجارة الفضولي لعدم الملك أو للولاية ، وإنما العقد ينعقد موقوفاً على إجازة المالك عند الحنفية (ومثلهم المالكية) كما في عقد البيع ، خلافاً للشافعية والحنابلة .

والاجازة تلحق الإجارة الموقوفة بشروط : منها قيام المعقود عليه . فإذا أجر الفضولي ، وأجاز المالك العقد ينظر [٢] :

إن أجاز العقد قبل استيفاء المنفعة ، جازت إجازته ، وكانت الأجرة للمالك ، لأن المعقود عليه قائم .

وإن أجاز العقد بعد استيفاء المنفعة لم تجز إجازته ، وكانت الأجرة للعاقد ، لأن المنافع المعقود عليها تلاشت في الماضي ، فتكون عند الإجازة معدومة ، فلا يبقى العقد بعدئذ ، لفوات محله ، فلا تصح الاجازة ، كما عرفنا في عقد البيع ويصير العاقد الفضولي حينئذ غاصباً بالتسليم .

وقد قال الحنفية : إن الغاصب إذا آجر ما غصبه وسلم ذلك ، ثم قال المالك : « أجزت ما آجرت » : فإن كانت مدة الاجارة قد انقضت فللغاصب الأجر ، لأن المعقود عليه قد انعدم ، والإجازة لا تلحق المعدوم كما قلنا . وإن كانت الاجازة بعد مضي بعض المدة فالأجر كله للمالك عند أبي يوسف ، لأنه إذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد ، فكان محلا للإجازة ، فهو قد نظر إلى المدة .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٢ ، المغني : ٥ ص ٣٩٨

(٢) انظر البدائع : ٤ ص ١٧٧

وقال محمد : أجر ما مضى للغاصب ، وأجر ما بقي للمالك ، لأن كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه مستقلاً عن غيره ، فإذا مضى بعض مدة الإجارة ، كان الماضي منعدماً حين الاجارة فلا يصح إلحاق الاجازة به لانعدامه . فهو قد نظر إلى المعقود عليه .

ويجري هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيمن غصب أرضا فأجرها للزراعة ، فأجاز صاحب الأرض عقد الاجارة .

وقال محمد : إن أعطاها الغاصب مزارعة فهنا تفصيل : إن كان الزرع قد سنبل ، ولم ييبس ، فأجاز صاحب الأرض ، جازت المزارعة ، ولا شيء للغاصب من الزرع ، لأن المزارعة بمنزلة شيء واحد ، لا ينفصل بعض عملها عن بعض ، فكانت إجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد . وأما إذا كان الزرع قد يبس فقد انقضى عمل المزارعة ، فلا تلحق الاجازة العقد ، ويكون الزرع حينئذ للغاصب .

ج - **شروط صحة الاجارة** : يشترط لصحة الاجارة شروط تتعلق بالعاقد والمعقود عليه والمحل المعقود عليه ، والأجرة ، ونفس العقد وهي :

١ - **رضا المتعاقدين** : يشترط توافر رضا العاقدين كما في البيع . لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم » والاجارة تجارة ، لوجود معنى مبادلة المال بالمال فيها [١] . وهذا الشرط يتعلق بالعاقد ، وما سنذكره متعلق بالمعقود عليه .

---

(١) انظر البدائع : ٤ ص ١٧٩

٢ – أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة **معلوماً علماً يمنع** من المنازعة ، فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة لا يصح العقد ، لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد .

والعلم بالمعقود عليه : يكون ببيان محل المنفعة وبيان المدة وبيان العمل في استئجار الصناع والعمال .

أما بيان محل المنفعة : فيحصل بمعرفة العين المستأجرة بعينها ، فلو قال إنسان لآخر : آجرتك إحدى هاتين الدارين ، أو إحدى هذين المركبين أو أحد هذين الصانعين ، لم يصح العقد لجهالة المعقود عليه جهالة فاحشة . ولو استأجر إنسان من آخر نهراً يابساً أو موضعاً من الأرض معلوماً ليسوق منه الماء إلى أرض له ، فيسقيها لم يجز في المشهور عند الحنفية : وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن مقدار ما يسيل من الماء في النهر مختلف قلة وكثرة ، والكثير منه مضر بالنهر ، والمضر منه مستثنى ضمناً ، وغير المضر غير منضبط ، فصار محل المعقود عليه مجهولاً .

وروي عن محمد أنه يجوز ، لأن المانع من جواز العقد جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين [١] .

وأما بيان المدة : فهو مطلوب في إجارة الدور والمنازل والبيوت والحوانيت وفي استئجار الظئر (المرضع) ، لأن المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه ، فترك بيانه يفضي إلى المنازعة .

وتصح الإجارة على أي مدة طالت أو قصرت ، وهو قول مختلف العلماء ومنهم الشافعية على الصحيح ، فإنهم قالوا : يصح عقد الإجارة مدة

---

(١) البدائع ، المصدر السابق : ٤ ص ١٨٠ ، المبسوط : ١٦ ص ٤٣

تبقى فيها العين غالباً بحسب رأي أهل الخبرة ، ولا تقدر الاجارة بمدة معينة ، إذ لا دليل من الشرع على ذلك [١] .

ولا يشترط عند الحنفية تعيين ابتداء مدة الاجارة ، فإذا كان العقد مطلقاً عن تعيين ابتداء المدة تعين الزمن الذي يعقب العقـــد ، وهو الشهر الذي يأتي بعد العقد .

وقال الشافعية : يشترط تعيين مدة الابتداء التي تلي العقد نصاً ، لأن عدم التعيين يؤدي إلى جهالة الوقت الموجبة لجهالة المعقود عليه [٢] .

وإن وقعت الاجارة شهراً أو شهوراً أو سنين معلومة في أول الشهر يعتبر الشهر بالأهلة ، وإن وقعت في بعض الشهر يعتـبر الشهر بالأيام ثلاثين يوماً لتعذر اعتبار الأهلة ، فتعتبر بالأيام . وكذلك الأمر في الشهور والسنين ، فإذا كان العقد في أول الشهر فشهور السنة كلها بالأهلة ، لأنها هي الأصل ، وإن كان في أثناء الشهر فالكل بالأيام عند أبي حنيفة ، وفي رواية عن أبي يوسف .

وهناك رواية أخرى عن أبي حنيفة وهو رأي محمد ومذهب الشافعية : إذا استأجر داراً لمدة سنة في بعض الشهر ، فإنه يسكن بقية هذا الشهر بالأيام ، ويكمل ما بقي من الشهر الأول من الشهر الأخير ، والباقي من السنة وهو أحد عشر شهراً بالأهلة ، لأن الأيام يصار إليها ضرورة ، والضرورة قائمة في الشهر الأول فقط من السنة . ووجه الرواية الأولى أنه متى تم الشهر الأول بالأيام ابتدأ الثاني بالأيام ضرورة ، وهكذا إلى آخر السنة [٣] .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٤٩ ، المهذب : ١ ص ٣٩٦ ، المغني : ٥ ص ٤٠١

(٢) المهذب ، المصدر السابق .

(٣) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٨ ، البدائع : ٤ ص ١٨١ ، المبسوط : ١٥ ص ١٣٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٣ ، المهذب : ١ ص ٣٩٦ ، رد المحتـــار على الدر المختار : ٥ ص ٣٥

الاجارة مشاهرة : قد تشدد الشافعية في شرط معرفة المـدة ، فقالوا في الصحيح عندهم : إن آجر شخص داره كل شهر بدينار مثلاً ، أو كل يوم أو كل جمعة أو كل سنة بكذا ، فالاجارة باطلة ، لأن كل شهر يحتاج إلى عقد جديد لإفراده بأجرة معينة ، ولم يوجد عقد ، وذلك يقتضي البطلان ، هذا بالإضافة إلى جهالة مدة الإجارة ، فصار كما لو قال : آجرتك مدة أو شهراً [١] .

وقال جمهور الفقهاء : تصح الإجارة في الشهر الأول وتلزم ، وأما ما عداه من الشهور فلا يلزم إلا بالدخول فيه أو التلبس فيـه ، لأن شروعه مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضا ببذله جرى مجرى ابتداء العقد عليه ، وصار كبيـع المعاطاة إذا جرى من المساومة ما دل على التراضي بها [٢] .

وأما بيان العمل في استئجار الصناع والعمال فهو أمر مطلوب منعاً من الجهالة ، لأن جهالة العمل في الاستئجار على الاعمال جهالة مفضية إلى المنازعة ، فيفسد العقد ، فلو استأجر عاملاً ، ولم يسم له العمـل من الخياطة والرعي وعزق الأرض ونحو ذلك لم يجز العقد .

وإذا كان الاجير مشتركاً فلا بد من بيان المعمول فيه إما بالإشارة والتعيين ، أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة . فلو استأجر شخص حفاراً لحفر بئر فلا بد من بيان مكان الحفر وعمق البئر ونوعها وعرضها ، لأن عمل الحفر يختلف باختلاف هذه الأوضاع [٣] .

---

(١) المهذب : ١ ص ٣٩٦ ، مغني المحتـاج : ٢ ص ٣٤٠ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٥ .

(٢) البدائع : ٤ ص ١٨٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٢ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٤٤ ، المغني : ٥ ص ٤٠٩

(٣) البدائع : ٤ ص ١٨٤ ، المبسوط : ١٦ ص ٤٧

٣ – أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً :

فلا تجوز إجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة وزفر ، كأن يؤجر نصيباً من داره ، أو نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك ، سواء أكان النصيب معلوماً كالربع ونحوه ، أو مجهولا . وذلك لأن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء ، لأن استيفاءها بتسليم المشاع ، والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه ، لأنه سهم شائع ضمن كل ، وإنما يتصور تسليمه مع غيره وذلك غير معقود عليه ، فلا يتصور تسليمه شرعاً . وأما الاجارة من الشريك فهي جائزة على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة ، لأن المعقود عليه مقدور الاستيفاء بدون المهايأة ، لأن منفعة كل الدار تحدث مثلاً على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين : بعضها بسبب الملك ، وبعضها بسبب الاجارة . وأما الشيوع الطارىء فلا يؤثر على الاجارة في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة أيضاً ، لأن المانع من جواز العقد وهو الشيوع كان بسبب عدم القدرة على التسليم ، والقدرة على التسليم ليست بشرط لبقاء العقد ودوامه ، إذ ليس كل ما يشترط في إنشاء العقد عند ابتدائه يشترط لبقاء العقد [١] .

وقال الصاحبان وجمهور الفقهاء : تجوز إجارة المشاع مطلقاً من الشريك وغيره ، لأن للمشاع منفعة ، والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ، كما يجوز ذلك في البيع ، والاجارة أحد نوعي البيع [٢] .

---

(١) تكملة فتح القدير مع العناية : ٧ ص ١٨٠ ، البدائع : ٤ ص ١٨٧ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٥ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٣٢ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٥ ، الميزان : ٢ ص ٩٦ ، المهذب: ١ ص ٣٩٥ .

ويترتب على اشتراط القدرة على الاستيفاء عند الحنفية مسائل :

أ — لو استأجر إنسان طريقاً في دار غيره ليمر فيها وقتاً معلوماً لم يجز عند أبي حنيفة ، ويجوز في قول الصاحبين ، لأن إجارة المشاع فاسدة عند الإمام ، وجائزة عند الصاحبين .

ب — لو استأجر شخص أرضا فيها رطبة (فصفصة) لمدة سنة مثلا فلا تجوز الاجارة ، وإنما تقع فاسدة ، لأنه لا يمكن تسليم الأرض إلا بإحداث ضرر ، وهو قلع الرطبة ، والإنسان لا يجبر على إلحاق الضرر بنفسه ، فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعاً ، فلم تجز . فإن قلع صاحب الأرض الرطبة ، وسلم الأرض بيضاء ، جاز العقد ، لأن المانع قد زال ، وذلك مثل ما لو اشترى إنسان جذعاً في سقف إذا نزعه البائع وسلمه إلى المشتري جاز العقد ، ويجبر المشتري على القبول في الحالتين .

ج — لو استأجر شخص رجلًا للقيام بالبيع والشراء ، فلا تجوز الاجارة ، لأن البيع والشراء لا يتم بشخص واحد ، بل بعاقدين هما البائع والمشتري ، وذلك غير مقدور للشخص ، فتفسد الاجارة على هذه المهمة ، إذ أن الأجير لا يقدر على إيفاء المنفعة بنفسه ، والمستأجر لا يقدر بالتالي على الاستيفاء ، فصار العقد ، كما لو استأجر رجلًا ليحمل خشبة بنفسه ، وهو لا يقدر على حملها بنفسه .

فإن عين المستأجر للقيام بمهمة البيع والشراء مدة كأن استأجره شهراً ليبيع له ويشتري ، جاز العقد ، لأن الاجارة وقعت على منفعة المدة ، وهي معلومة .

د — لا يصح استئجار الفحل للإنزاء ، واستئجار الكلب المعلم ،

والبازي المعلم للاصطياد ؛ لأن المنفعة غير مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر إذ لا يمكن إجبار الفحل على الضراب والانزال ، ولا إجبار الكلب والبازي على الصيد .

هذا رأي جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة [١] . لأن الرسول ﷺ نهى عن عسب الفحل أي أجرة ضرابه [٢] . وأجاز ذلك الامام مالك إذا كانت الإجارة على مدة معلومة تشبيهاً لذلك بسائر المنافع [٣] .

٤ — أن يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ، ولا يحتاج فيه إلى غيره :

ويتفرع على هذا الشرط أنه باتفاق الفقهاء [٤] : لا يجوز الاستئجار على المعاصي كاستئجار الانسان للعب واللهو ، وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح ، لأن ذلك استئجار على معصية ، والمعصية لاتستحق بالعقد . أما الاستئجار لكتابة الغناء والنوح فهو جائز عند الحنفية فقط ، لأن الممنوع عنه نفس الغناء والنوح ، لا كتابتها .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٩ ، البدائع : ٤ ص ١٨٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٣٨ ، المغني : ٥ ص ٥٠٠ ، المهذب : ١ ص ٣٩٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ .

(٢) أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي وأحمد عن ابن عمر ، وروي أيضاً عن عدة من الصحابة مثل أنس وابن عباس وعلي وأبي هريرة . وفي بعض ألفاظه : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن عسب الفحل » (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٥ نيل الاوطار : ٥ ص ١٤٦) .

(٣) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٢

(٤) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٨٠ ، البدائع : ٤ ص ١٨٩ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١٢٥ ، الشرح الكبير : ٤ ص ٢١ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢١٨ ، المهذب : ١ ص ٣٩٤ ، المغني : ٥ ص ٥٠٢

وكذلك لا يجوز استئجار رجل لقتل رجل أو سجنه أو ضربه ظلماً أو لأي مظلمة أخرى ، لأنه استئجار لفعل المعصية ، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً . فإن كان ذلك الفعل بحق كأن استأجر رجل غيره لقطع عضو فيجوز ، لأنه مقدور الاستيفاء ، لأن محله معلوم . أما الاستئجار على القصاص فلا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأن القتل بضرب العنق قد يصيب العنق فيكون مشروعاً ، وقد يصيب غير العنق فيكون محظوراً ، لانه مُثْلة بالإنسان . ويجوز ذلك عند محمد ، لان القصاص هو حز الرقبة ، والرقبة معلومة ، فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء (١) .

وكذلك لا يجوز لذمي استئجار دار من مسلم في بلد إسلامية ليتخذها مصلى للناس أو لبيع الخمر أو للقمار ؛ لانه استئجار على المعصية ، وهذا رأي جمهور العلماء . وكان أبو حنيفة يجيز الاستئجار للمصلى في سواد العراق لان أكثر أهل السواد في زمانه كانوا أهل ذمة من المجوس ، فكان لا يؤدي ذلك إلى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين (٢) .

٥ — أن لا يكون العمل المستأجر له فرضاً ولا واجباً على الأجير قبل الاجارة :

ويترتب على ذلك أنه لا تصح الاجارة إذا كانت واردة على القيام بفرض أو واجب على الاجير قبل العقد ، لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الاجرة على فعله ، كمن قضى دينا عليه ، فلا تصح الاجارة إذن على القرب والطاعات كالصلاة والصوم والحج والإمامة والأذان

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٨٩

(٢) البدائع : ٤ ص ١٧٦ ، المبسوط : ١٦ ص ٣٨ ، المغني : ٥ ص ٥٠٣

وتعليم القرآن ، لانه في الفرائض استئجار على عمل مفروض ، ولأن الاستئجار على الأذان والإقامة والإمامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة ، وعن تعليم القرآن والعلم [١] وقد روي أن عثمان بن أبي العاص قال : « إن آخر ما عهد إلى النبي ﷺ أن اتخذ مؤذناً لا يأخذ على أذانه أجراً » قال الترمذي : حديث حسن [٢] .

وقال الإمامان مالك والشافعي [٣] : تجوز الاجارة على تعليم القرآن لانه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم ولأن رسول الله ﷺ « زوج رجلًا بما معه من القرآن » [٤] فجاز جعل القرآن عوضاً ، وقد قال رسول الله ﷺ : إن أحق ما أخذتم عليه أجراً كتاب الله » [٥] وهو حديث صحيح . « وثبت أن أبا سعيد الخدري رقى رجلا بفاتحة الكتاب على جعل ، فبرىء ، وأخذ أصحابه الجعل ، فأتوا به رسول الله ﷺ فأخبروه وسألوه فقال : « لعمري من أكل برقية باطل (أي كلام

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٩١ ، المغني : ص ٥ ص ٥٠٦ ومابعدها، المبسوط : ١٦ ص ٣٧ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٤ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٣٨ .

(٢) أخرجه أصحاب السنن الأربع بطرق مختلفة،وهذا اللفظ للترمذي وابن ماجه (راجع نصب الراية : ٤ ص ١٣٩) .

(٣) الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ١٦، بداية المجتهد : ١ ص ٢٢١ ، مغني المحتاج ٢ ص ٣٤٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٨ ، الميزان : ٢ ص ٩٥

(٤) رواهالبخاريومسلم وأحمد ولفظه «قد زوجتكها بما معكمن القرآن» (انظر نيل الأوطار:٦ ص ١٧٠)

(٥) أخرجه البخاري في كتاب الطب عن ابن عباس وروي في معناه أحاديث كثيرة (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٩ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٤ ، سبل السلام : ٣ ص ٨١) .

باطل) فقد أكلت برقية حق ، كلوا واضربوا لي معكم بسهم » [١] .

قال صاحب الكنز الحنفي : والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن ، وهو مذهب المتأخرة من مشايخ بلخ [٢] .

وأجاز قوم أخذ الاجرة على الاذان والامامة قياساً على الافعال غير الواجبة ، كما أجاز المالكية والشافعية الاجارة على الحج لاقرار الرسول عليه السلام حج صحابي عن غيره [٣] .

ويجوز بالاتفاق الاستئجار على تعليم اللغة والادب والحساب والخط والفقه والحديث ونحو ذلك وبناء المساجد والقناطر والرباطات ، لانها ليست بفرض ولا بواجب . وقد تقع قربة تارة ، وتارة غير قربة .

ولا يجوز عند الحنفية الاستئجار على غسل الميت ، لانه واجب ، ويجوز على حفر القبور ، وعلى حمل الجنائز . وأجاز الشافعية الاجارة لتجهيز ميت ودفنه . والتجهيز يشمل الغسل والتكفين ، لان ذلك من فروض الكفايات ، ولا يضر طروء تعين ذلك كالمضطر ، فإنه يتعين إطعامه مع تغريمه البدل .

ولا يجوز استئجار الرجل الزوجة على رضاع ولده منها ، لان ذلك استئجار على خدمة الولد ، وإنما اللبن يدخل فيه تبعاً ، فكان الاستئجار على أمر واجب عليها فيما بينها وبين الله تعالى [٤] .

---

(١) رواه أحمد وأصحاب الكتب الستة إلا النسائي عن أبي سعيد الخدري ، ورويت واقعة أيضاً عن خارجة بن السلط عن عمه ، كما رويت أخرى عن جابر (انظر نصب الراية : ٤ ص ١٣٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٨٩ ، ٢٩١ ، مجمع الزوائد : ٤ ص ٩٦)

(٢) تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٤ .

(٣) انظر الوسيط في أصول الفقه الاسلامي للمؤلف : ص ٣٧٩ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٤٤ .

(٤) البدائع : ٤ ص ٩٢

٦ — **ان لا ينتفع الأجير بعمله** : فإن كان ينتفع بـه لم يجز . ولهذا لا تصح الاجارة على الطاعات ، لان القائم بها عامل لنفسه ، كما لا يصح استئجار رجل ليطحن لآخر قفيزاً من حنطة بجزء من دقيقها ، أو ليعصر له قفيزاً من سمسم بجزء معلوم من دهنه ، لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر ، فيكون عاملا لنفسه ، وقد روي أن رسول الله ﷺ نهى عن قفيز الطحان [١] وهو أن يعطي الرجل الطحان أقفزة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها . وهذا هو رأي الشافعية والمالكية ايضا [٢] ، وقال الحنابلة : يجوز ذلك ، والحديث لم تثبت صحته عندهم [٣] .

٧ — **أن تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة** ، ويجري بهـا التعامل بين الناس ، فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها ، لأن هذه منفعة غير مقصودة من الشجر [٤] .

وأما شرط المحل المعقود عليه : فهو أن يكون مقبوضـاً إذا كان منقولاً ، وإن لم يكن مقبوضاً فلا تصح إجارته لنهي النبي ﷺ عن بيـع

---

(١) رواه الدارقطني عن أبي سعيد الخدري قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عَسْب الفحل (أي كرائه) وعن قفيز الطحان » وفسر قوم قفيز الطحان بطحن الطعام بجزء منه مطحوناً لما فيه من استحقاق طحن قدر الأجرة ، لكل واحد منها على الآخر ، وذلك متناقض (راجع نيل الاوطار : ٥ص ٢٩٢ ، التلخيص الحبير: ص ٢٥٥) .

(٢) البدائع ، المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥

(٣) المغني : ٥ ص ٩

(٤) البدائع ، المصدر السابق

مالم يقبض [١] ، والاجارة نوع من البيع فيشملها النهي [٢] .

فإن كان الشيء المؤجر عقاراً فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في مبحث البيع الفاسد .

وأما شروط الأجرة فهي [٣] :

أولاً — **أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً** : وهذا باتفاق العلماء . ومحترزات هذا الشرط معروفة كما مر في عقد البيع . والأصل في اشتراط العلم بالأجرة قول النبي ﷺ : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » والعلم بالأجرة لايحصل إلا بالإشارة والتعيين ، أو بالبيان [٤] .

ولا بد من معرفة مكان إيفاء الأجرة فيما يحتاج لحمل ومؤنة عند أبي حنيفة . وأما عند الصاحبين : فلا يشترط ذلك ، ويتعين مكان العقد للايفاء [٥] .

ومما يتفرع على شرط العلم بالأجرة أنه لو استأجر إنسان شخصاً بأجر معلوم وبطعامه ، أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها ، لم تجز الإجارة لأن الطعام أو العلف يصير أجرة ، وذلك قدر مجهول ، فكانت الأجرة مجهولة .

---

(١) في هذا أحاديث منها ما رواه أحمد ومسلم عن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه (انظر نيل الأوطار : ٥ ص ١٥٧ وقد سبق ذكر بعض رواياته) ومنها ما أخرجه أصحاب الكتب الستة إلا ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ : « من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه » (انظر جامع الأصول : ١ ص ٣٨٣ ومابعدها) .

(٢) البدائع : ٤ ص ١٩٣

(٣) البدائع ، المصدر السابق : ١٩٣ — ١٩٤

(٤) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٤٨ ، ١٨٧ ، البدائع : ٤ ص ١٩٣ ، المغني : ٥ ص ٤٠٤ .

(٥) المبسوط : د ١ ص ١١٣

ولو استأجر شخص ظئراً (مرضعاً) بطعامها وكسوتها لاتجوز الإجارة بمقتضى الأخذ بالقياس : وهو قول الصاحبين ، لجهالة الأجرة وهي الطعام والكسوة ، إلا أن أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص : وهو قوله تعالى « وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف » فقد نفى الله سبحانه الجناح في الاسترضاع مطلقاً . وجهالة الأجرة في تلك الحالة لاتفضي إلى المنازعة ، لأن العادة جرت بالمسامحة مع الأظآر والتوسعة عليهن شفقة على الأولاد ، فأشبهت حالة جهالة القفيز من الصبرة [١] . وبهذا الرأي قال المالكية والشافعية والحنابلة أيضاً [٢] .

ثانياً — **أن لاتكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه :** كإجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة ، والركوب بالركوب ، والزراعة بالزراعة . وهذا الشرط متفرع عند الحنفية على الربا ، فإنهم يعتبرون اتحاد الجنس وحده صالحاً لتحريم العقد في ربا النسيئة ، كما عرفنا في بحث الربا . وتطبيق ذلك في الإجارة : هو أن انعقاد هذا العقد عندهم ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المنفعة ، فتكون المنفعة وقت العقد معدومة ، فيتأخر قبض أحد العاقدين ، فيتحقق ربا النساء [٣] . وقد عرفنا أن الجنس بانفراده لايحرم العقد بسبب الربا عند الشافعية ، فيجوز هذا العقد عندهم ، ولا يشترط هذا الشرط .

---

(١) تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٨٥ ، البدائع : ٤ ص ١٩٣ وما بعدها ، المبسوط ١٥ ص ١١٩ . تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٧ .

(٢) الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي عليه : ٤ ص ١٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٥ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٥٠ ، ٤٥٣ .

(٣) انظر البدائع : ٤ ص ١٩٤ .

وأما الشرط العائد لركن العقد :

فهو أن يخلو العقد من شرط لايقتضيه العقد ولا يلائمه : فلو آجر المالك داره على أن يسكنها هو شهراً ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أجر أرضاً على أن يزرعها ، ثم يسلمها إلى المستأجر ، أو أجر دابة على أن يركبها شهراً ونحو ذلك ، فالإجارة فاسدة ، لأن هذا الشرط لايقتضيه العقد ولا يلائمة ، إذ أن فيه منفعة زائدة لأحد المتعاقدين مشروطة في العقد ، لايقابلها عوض ، فتكون ربا ، أو فيهـا شبهة الربا ، وذلك مفسد للعقد [1] .

د ـ شروط لزوم الاجارة :

يشترط لبقاء عقد الإجارة لازماً شرطان :

أولها ـ سلامة العين المؤجرة عن حدوث عيب يخل بالانتفاع بها :

ويترتب على ذلك أنه لوحدث عيب يخل بالانتفاع ، فيكون المستأجر بالخيار بين الإبقاء على الإجارة وبين فسخها، كما إذا حدث بالدابة المؤجرة مرض أو عرض أو انهدم بعض بناء الدار ، وذلك لأن المعقود عليـه وهو المنافـع يحدث شيئاً فشيئاً ، فإذا حدث العيب بالشيء المستأجر كان هذا عيباً قبل القبض ، فيوجب الخيار كما في عقد البيع [2] .

فإذا انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى (الطاحون) أو انقطع الشرب عن الأرض انفسخت الاجارة ، لأن المعقود عليه قد هلك ، والهلاك موجب لفسخ العقد . وقال بعض الحنفية : إن العقد لاينفسخ ولكن يثبت حق الفسخ ، لأن المعقود عليه قـد فات على وجه يتصور

---

(١) البدائع : ٤ ص ١٩٤ ومابعدها .

(٢) المصدر السابق : ص١٩٥، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٢٠ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٣ .

عوده ، فصار كمن اشترى شيئاً فهرب قبل القبض ، ويمكنه الانتفاع في المأجور في الجملة بأن يضرب فيه خيمة .

وان زال العيب قبل أن يفسخ المستأجر عقد الإجـــارة بأن صح المريض ، وزال العرج عن الدابة وبنى المؤجر ماسقط من الدار ، بطل خيار المستأجر بالفسخ ، لأن الموجب للخيار قـد زال ، والعقد قائم ، فيزول الخيار .

وحتى الفسخ يثبت للمستأجر إذا كان العيب مما يضر بالانتفاع ، لأن النقصان حينئذ يرجع للمعقود عليه . فإن كان العيب ممـا لايضر بانتفاع المستأجر كسقوط حائط من الدار لاينتفـع فيـــه في سكناها فلا يثبت حق الفسخ .

والمستأجر يمارس الفسخ إذا كان المؤجر حاضراً أثنـاء الفسخ ، فإن كان غائباً فحدث بالشيء المستأجر مايوجب الفسخ ، فليس للمستأجر الفسخ لأن فسخ العقد لايجوز إلا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما .

أما في حالة سقوط الدار أو انهدامها فللمستأجر أن يخرج منها ، سواء أكان المؤجر حاضراً أو غائباً ، وهذا دليل الانفساخ .

ويثبت أيضاً للمستأجر حق الفسخ بحدوث تفرق الصفقة في المنافـع بعد حصولهـا مجتمعة ، لأن الصفقة تفرقت في المعقود عليـه وهو المنافـع ، وتفرق الصفقة يوجب الخيار . مثال ذلك أن يستأجر شخص دارين صفقة واحدة ، فتسقط إحداهما ، أو يطرأ مانـع يمنـع المستأجر من إحداهما ، أو أن يستأجر شخص داراً واحدة ثم يمتنع المؤجر عن تسليم بيت منها ، فيحق للمستأجر فسخ العقد لتجزئة الصفقة عليه [١] .

---

(١) البدائع : ٤ص ١٩٦ وما بعدها

ثانيها ــ عدم حدوث عذر يجيز فسخ الاجارة : كما إذا حدث عذر بأحد العاقدين أو بالشيء المأجور فيحق للمتعاقد فسخ العقد . وسنبين فيما يلي الأعذار التي تفسخ الاجارة بها .

أعذار فسخ الاجارة :

تفسخ الاجارة بالأعذار عند الحنفية ، لأن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر ، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد . والعذر : هو ما يكون عارضاً يتضرر به العاقد مع بقاء العقد ، ولا يندفع بدون الفسخ .

وقال الشافعية : لاتنفسخ الاجارة بعذر كتعذر وقود (بفتح الواو) حمام على مستأجر ، وسفر عرض لمستأجر دار مثلاً ، ومرض مستأجر دابة لسفر عليها ، إذ لاخلل في المعقود عليه ، والاستنابة من كل منهما ممكنة ، وإنما تنفسخ الاجارة فقط عند فوات المعقود عليه وهو المنفعة كانهدام الدار وموت الدابة والأجير المعينين .

وذلك بالنسبة للمستقبل لا في الزمن الماضي ، أو عند وجود عيب في الشيء المؤجر مثل جموح الدابة أو نفورها ، أو كونها عضوضاً ، أو تعثر الظهر في المشي ، أو العرج أو ضعف البصر أو الجذام أو البرص ، وهو رأي الحنابلة أيضاً [١] .

وقد قسم الحنفية الأعذار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع [٢] :

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٥ وما بعدها ، المهذب : ١ ص ٤٠٥ ، المغني : ٥ ص ٤١٨ .

(٢) انظر البدائع : ٤ ص ١٩٧ وما بعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٢٢ وما بعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٣٠ ، المبسوط : ١٦ ص ٢ وما بعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٥ وما بعدها ، رد المحتار : ٥ ص ٥٥ وما بعدها .

١ ــ **عذر من جانب المستأجر** : مثل إفلاس المستأجر ، أو انتقاله من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة ، أو من حرفة إلى أخرى ، لأن المفلس أو المنتقل من عمل لاينتفع بذلك الأجير إلا بضرر ، فلا يجبر على إبقاء الأجير في الحرفة الأولى مثلاً . ومثل ذلك السفر أي انتقال المستأجر عن البلد ، لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً به .

ويترتب على هذا أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو بدنه فله فسخ الاجارة ، كما إذا استأجر شخص رجلاً لتنظيف ثياب وكيها ، أو خياطتها ، أو داراً له ، أو ليقطع شجراً أو ليزرع أرضاً ، أو يحدث في ملكه شيئاً من بناء أو حفر أو ليحتجم أو يفتصد أو يقلع ضرساً له ، ونحو ذلك ، ثم بدا له أن لايفعل ، فله أن يفسخ الاجارة ، ولا يجبر على شيء من ذلك ، لأنه تبين له أن لامصلحة له في ذلك ، فبقي الفعل ضرراً في نفسه .

٢ ــ **عذر من جانب المؤجر** : مثل لحوق دين فادح به لايجد طريقاً لقضائه إلا ببيع الشيء المأجور وأدائه من ثمنه ، وذلك إذا ثبت الدين قبل الاجارة بالبينة أو بالاقرار ، أو ثبت بعد عقد الاجارة بالبينة ، وكذا بالاقرار عند أبي حنيفة ، لأن الظاهر أن الانسان لايقر بالدين على نفسه كاذباً . وأما عند الصاحبين : فلا يقبل ثبوت الدين بالاقرار بعد الاجارة ، لأنه متهم في هذا الاقرار .

ولا يعتبر السفر أو النقلة عن البلد عذراً للمؤجر يبيح له فسخ الاجارة على عقار ، لأن استيفاء منفعة العقار في غيبته لا ضرر عليه فيه .

وأما مرض الحمال والجمال بحيث يضره الحمل فيعتبر عذراً في رأي أبي

يوسف ، لأن غير الجمال أو الجمال لايقوم مقامها على الدابة أو الابل إلا بضرر ، والضرر لايستحق بالعقد .

وأما محمد : فقد ذكر في كتاب « الاصل » أن مرض الجمال لايعتبر عذراً ؛ لأن خروج الجمال بنفسه مع الابل غير مستحق بالعقد ، فإن له أن يبعث غيره معها .

٣ ـ عذر من جانب الشيء المأجور : ومثلوا له بعتق العبد المأجور كأن يؤجر رجل عبده سنة ، فلما مضت ستة أشهر ، أعتقه ، فيكون ذلك العبد بالخيار بين الابقاء على الاجارة وبين فسخها .

وقال الشافعية : الأصح أنه لاتنفسخ الإجارة ، لأن العتق انصب على الرقبة ، وأما المنافع فلم تكن للسيد وقت العتق ، فكان العتق واقعاً على الرقبة مسلوبة المنفعة ، والاصح أنه لاخيار للعبد في فسخ الاجارة بعد العتق ، لأن سيده تصرف في خالص ملكه ، فلا ينقض ، والاظهر أنه لايرجع على سيده بأجرة ما بعد العتق [١] .

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٩

المطلب الثالث

صفة الاجارة وحكمها

صفة الاجارة : الاجارة عند الحنفية عقد لازم ، الا أنه يجوز فسخه بعذر كما عرفنا ، لقوله تعالى : « أوفـوا بالعقود » والفسخ ليس من الايفاء بالعقد [١] .

وقال جمهور العلماء : الاجارة عقد لازم لاينفسخ الا بما تنفسخ بـه العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة ، لقوله تعالى : « أوفوا بالعقود » ولأن الاجارة عقد على منافـع ، فأشبه النكاح ، ولأنه عقد على معاوضة ، فلم ينفسخ كالبيـع [٢] .

ويترتب على هذا الخلاف أن الحنفية يقولون : تنفسخ الاجارة بموت أحد المتعاقدين : المستأجر أو المؤجر ، لانه لو بقي العقد تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد أو الأجرة التي ملكها المؤجر مستحقة لغـير العاقد بالعقد وذلك لايجوز ، لأن الانتقال من المورث الى الوراث لايتصور في المنفعة أو الاجرة المملوكة ، لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع . فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولا بانتقال مالم يملك المورث الى الوراث ، وذلك لأن ملكية العين انتقلت الى الورثة ، فالمنافع تحدث على

---

(١) البدائع : ٤ ص ٢٠١ ، المبسوط : ١٦ ص ٢

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٥ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٠٩ ، ٤١١ ،

ملك الوارث ، فلا يستحقها المستأجر ، لأنه لم يعقد العقد مع الوارث [١] .
وقال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة : لاتنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقدين لأن الإيجار عقد لازم ، وعقد معاوضة ، فلا ينفسخ بموت العاقد كالبيع [٢] .

حكم الاجارة :

حكم الاجارة الصحيحة : هو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر ، وثبوت الملك في الأجرة المسماة للمؤجر ،لأنها عقد معاوضة إذ هي بيع المنفعة [٣].

وحكم الاجارة الفاسدة أنه إذا استوفى المستأجر المنفعة يجب أجر المثل، بحيث لايجاوز به الأجر المسمى أي أن الواجب عند الحنفية هو الأقل من أجر المثل ومن المسمى إذا كان فساد الإجارة بسبب شرط فاسد ، لا باعتبار جهالة المسمى ، ولا باعتبار عدم التسمية ، فإنه في هاتين الحالتين يجب الأجر بالغاً ما بلغ [٤] .

وقال زفر والشافعي : يجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل بالغاً ما بلغ ، كما في البيع ، فإن البيع إذا فسد وجبت القيمة بالغة ما بلغت [٥] .

وسنتكلم عن كيفية ثبوت حكم الاجارة الصحيحة في المطلب التالي عند الكلام على نوعي الاجارة .

---

(١) تكملة فتح القدير وشرح العناية وحاشية سعدي جلبي: ٧ ص ٢٢٠ ، البدائع: ٤ ص ٢٢٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٤ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٨ ، رد المحتار : ٥ ص ٥٧ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٦ .المغني : ٥ ص ٤٢٨

(٣) البدائع : ٤ ص ٢٠١

(٤) البدائع : ٤ ص ١٩٥ ، تكملة فتح القدير مع العناية : ٧ ص ١٧٤ ومابعدها تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢١ ، رد المحتار : ٥ ص ٣١

(٥) تكملة فتح القدير ، المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٨ .

المطلب الرابع

نوعا الإجارة وأحكامها

الاجارة نوعان : إجارة على المنافع أي أن المعقود عليه هو المنفعة ، وإجارة على الأعمال أي أن المعقود عليه هو العمل .

آ ـ أحكام اجارة المنافع :

إجارة المنافع كإجارة الدور والمنازل والحوانيت والضياع ، والدواب للركوب والحمل ، والثياب والحلي للبس ، والأواني والظروف للاستعمال .

ويجوز العقد على المنافع المباحة ، أما المنافع المحرمة كما عرفنا فلا تجوز الإجارة عليها ، لأنها محرمة ، فلا يجوز أخذ العوض عليها كالميتة والدم ، وذلك باتفاق العلماء .

وكيفية ثبوت حكم عقد الاجارة على المنافع المباحة عند الحنفية والمالكية : هو أنه يثبت شيئاً فشيئاً على حسب حدوث محل العقد وهو المنفعة ، لأنها تحدث أو تستوفى شيئاً فشيئاً (١) .

وقال الشافعية والحنابلة : يثبت حكم الاجارة في الحال ، وتجعل مدة الاجارة موجودة تقديراً كأنها أعيان قائمة (٢) .

---

(١) البدائع : ٤ ص ٢٠١ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٦ ، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي : ٤ ص ٤

(٢) المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٠٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٩ ، الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٤

ويترتب على هذا الخلاف :

١ — أن الأجرة **تثبت الملكية فيها بمجرد العقد** إذا أطلق عند الشافعية والحنابلة، لأن الاجارة عقد معاوضة، والمعاوضة إذا كانت مطلقة عن الشرط تقتضي الملك في العوضين عقب العقد ، كما يملك البائع الثمن بالبيع .

وعند الحنفية والمالكية **لا تملك الاجرة بنفس العقد** ، وإنما تلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع فلا يستحق المؤجر المطالبة بها إلا تدريجياً يوماً فيوماً ، لأن المعاوضة المطلقة عن الشرط إذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر ، لأن المساواة في العقود مطلوبة بين المتعاقدين .

متى تجب الاجرة وتملك عند الحنفية والمالكية ؟ تجب الأجرة وتملك بأحد أمور ثلاثة :

أحدها : بأن يشترط تعجيلها في نفس العقد .

ثانيها : بتعجيلها من غير شرط ، لأن تأخير التزام المستأجر بالاجرة ثبت حقا له ، فيملك إبطاله بالتعجيل ، كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله .

ثالثها : باستيفاء المعقود عليه وهو المنافع شيئاً فشيئاً ، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر ، وتسليم المفتاح أيضاً ، لأن المستأجر يملك حينئذ المعوض ، فيملك المؤجر العوض في مقابلته تحقيقاً للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد .

وإذا تم الاتفاق بين العاقدين على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الاجارة فذلك جائز ، إذ أنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن .

وأما إذا لم يشترط في العقد شيء فلأبي حنيفة قولان : متقدم

ومتأخر ، فأما قوله المتقدم أولاً وهو قول زفر : فهو أن الأجرة لا تجب إلا في آخر مدة الاجارة ، لأن منافع المدة أو المسافة من حيث إنها معقود عليها شيء واحد ، فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها وأما قول أبي حنيفة المتأخر وهو المشهور الذي استقر عليه ، وقول الصاحبين : فهو أن الاجرة تجب حالا فحالا ، كلما مضى يوم يسلم المستأجر أجرته ، لأن الاجرة تملك على حسب ملك المنافع ، وملك المنافع يحدث شيئاً فشيئاً على مر الزمان ، فتملك الاجرة شيئاً فشيئاً بحسب ما يقابلها [١] .

وبما أن هذه القاعدة توجب تسليم الاجرة ساعة فساعة ، وذلك أمر متعذر ، فتقدر الاجرة باليوم أو بالمرحلة استحساناً .

وأما بالنسبة لتأجيل الأجرة وتعجيلها عند الشافعية والحنابلة : فقد قرروا أنه إذا كانت الاجارة إجارة ذمة فيشترط فيها تسليم الأجرة في في مجلس العقد ، لأنها بمثابة عقد السلم كأن يقول المستأجر : أسلمت إليك عشر ليرات في جمل صفته كذا يحمل لي متاعي إلى جهة كذا ، أو يقول : استأجرت منك بكذا ... الخ ، لأن تأخير الاجرة حينئذ من باب بيع الدين بالدين .

وإن كانت الاجارة إجارة عين : فإن كانت الأجرة فيها معينة مثل : استأجرتك لتخدمني سنة بهذا الجمل ، فإنه لا يصح تأجيلها ، وإن كانت الاجرة بالذمة كأن يقول : بجمل صفته كذا ، فيجوز تأجيلها وتعجيلها وفي حالة الإطلاق يجب تعجيلها ، كما في عقد البيع يصح بثمن حالّ أو مؤجل [٢] .

---

(١) راجع البدائع : ٤ ص ٢٠١ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٥٢ ومابعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٨ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١٠٩ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٤ ، المهذب : ١ ص ٣٩٩ ، المغني : ٥ ص ٤٠٨ .

٢ — ويترتب أيضاً على الخلاف السابق في كيفية وجوب الاجرة أنه يجب على المؤجر عنـد الحنفية والمالكية **تسليم العين المستأجرة عقب العقد**، وليس له أن يحبسها عن المستأجر لاستيفاء الأجرة ، لأن الاجرة لا تجب بمجرد العقـــد عندهم ، فلا يستحق المطالبة بها إلا يوماً فيوماً ، لأن المعقود عليه وهو المنافع لم يستوفها المستأجر ، فـكانت معدومة ، فلا يجب عليه الأجر ، وذلك بعكس البيـع ، فإن الثمن واجب الدفع عقيب العقد .

٣ — ويترتب على الخلاف ايضاً **أن الاجارة المضافة إلى زمن مستقبل** تجوز عند الحنفية والمالكية والحنابلة :

كأن يقول شخص لآخر : أجرتك هذه الدار أو رأس شهر كذا ، أو أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان ، وكان العقد في رجب مثلًا ؛ لأن عقد الايجار ينعقد شيئاً فشيئاً على حسب حدوث المعقود عليه شيئاً فشيئاً، فـكان العقد مضافاً إلى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة الضمنية ، وقد أجيز ذلك في الاجارة دون البيع للضرورة [١] . وترتب على مذهب الحنفية أن المؤجر لو باع الدار المؤجرة لا يصـح في حق المستأجر ، وإن لم يجيء الوقت الذي أضيف اليه عقد الاجارة .

وقال الشافعية : لا تصح إجارة عين لمنفعة مستقبلة كإجـارة الدار السنة المستقبلة أو سنة أولها من الغد ، مالم تكن المدة متصلة بالعقد ، لأن الاجارة بيـع المنفعة ، وطريق جوازها عندهم أن تجعل منافع المدة موجودة تقديراً عقيب العقد ، إذ لا بد أن يكون محل حكم العقد موجوداً فجعلت المنافع كأنها أعيان قائمة بنفسها ، وإضافة البيـع إلى عين ستوجد لا تصح ، كما في بيـع الأعيان .

---

(١) البدائع : ٤ ص ٢٠٣ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٤٨ ، حاشية ابن عابدين : ٥ ص ٤ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٤ ، المغني : ٥ ص ٤٠٠ .

أما إجارة الذمة : فيصح تأجيل المنفعة فيها إلى أجل معلوم في المستقبل مثل : ألزمت ذمتك الحمل إلى مكة أول شهر كذا [١] .

وهناك أحكام أخرى لإجارة المنافع نبينها فيما يأتي :

كيفية الانتفاع بالعين المؤجرة : إذا استأجر شخص داراً أو حانوتاً ونحو ذلك من المنازل فله الانتفاع بها كيف شاء من السكنى بنفسه أو إسكان غيره بالاجارة أم بالاعارة ، وله أن يضع فيه متاعه وغيره ، غير أنه لا يسكن فيه حداداً ولا قصاراً ولا طحاناً ولا ما يضر البناء ويوهنه من آلات المعامل الحديثة . والدليل على ذلك أن الاجارة للانتفاع ، والدور ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ، والناس في العادة لا يتفاوتون في السكنى ، فكانت أوجه الانتفاع معلومة من غير تسمية أو تعيين . وانما لم يصح إسكان الحداد ونحوه ، لأن مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف بين الناس ، وذوو الحرف يؤثرون على البناء بآلاتهم ، مما قد يؤدي إلى إتلاف العين المؤجرة ، والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين .

وبما أن المستأجر ملك المنفعة فله أن ينتفع بها بنفسه أو بغيره بواسطة الاجارة أو الاعارة .

وأما في **إجارة الارض** : فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك وإلا كانت الاجارة فاسدة ، وكذلك إذا كانت الاجارة للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها ، أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء ، وإلا فسدت الاجارة ، لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والزراعة والمزروعات ، والزروع مختلفة التأثير في الارض .

وفي **اجارة الدواب** لا بد من بيان أحد الشيئين : المدة أو المكان

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٣٨ ، المهذب ، ١ ص ٣٩٦ .

فإن لم يبين أحدهما فسدت الاجارة ، كذلك لابد من بيان ما تستأجر له الدابه من الحمل أو الركوب ، لانهما منفعتان مختلفتان . ولا بد أيضاً من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها ، لأن الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول ، والناس يتفاوتون في الركوب ، فترك البيان يفضي إلى المنازعة وتكون الاجارة فاسدة ، وحينئذ اذا استوفى المستأجر المنفعة بعقد فاسد فيجب عليه أجر المثل بمقتضى القياس ، لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ، كما عرفنا في بيان حكم الاجارة ، إلا أنه بمقتضى الاستحسان يجب الاجر المسمى ، لأن المفسد وهو الجهالة التي تفضي إلى المنازعة قد زال ، وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد [1] .

إصلاح العين المؤجرة : قد تحتاج الدار المؤجرة مثلاً في مدة الايجار إلى بعض الاصلاحات كتطيين الجدران ، وانسداد مجاري المياه ، وتعطل الأدوات الصحية ، فمن هو الملتزم بالاصلاح والترميم ؟

قرر الحنفية أن المؤجر صاحب الدار هو الملزم وحده دون المستأجر بتطيين الجدران وإصلاح ميازيب الدار وما ينهدم ويسقط من بنائها ، حتى تكون صالحة للانتفاع ، لان الدار ملك للمؤجر ، وإصلاح الملك يكون على المالك ، لكن لا يجبر على الاصلاح ، لان المالك لا يجبر على إصلاح ملكه ، وإنما يثبت للمستأجر الخيار في فسخ الاجارة ، لأن ذلك الخلل يعتبر عيباً في المعقود عليه .

وكذلك على المؤجر إصلاح دلو الماء والبئر والبالوعة والمخرج ، وإن امتلأ من فعل المستأجر ، لكن لا يجبر على ذلك لما عرفنا .

---

(١) راجع لكل ماذكر تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٦٦ ومابعدها ، البدائع : ٤ ص ١٨٣ ، ٢٠٧ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ١١٣ ومابعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ١٩ ، ٥٥ .

وأما **المستأجر** : فيلزم برفـع التراب الذي يحدث من كنسه إذا انقضت مدة الاجارة ، لان ذلك حدث بفعله ، فصار كتراب وضعه في الدار .

والقياس يقضي بأن المستأجر هو المطالب بنقل ما يمتلىء به المخرج والبالوعة ، لأن ذلك حدث بفعله ، فيلزمه نقله كالكناسة والرماد ، إلا أن الحنفية استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار أخذاً بمقتضى العرف والعادة ، إذ العادة بين الناس أن ما كان مغيباً في الارض فنقله على صاحب الدار .

فإن أصلح المستأجر شيئاً من ذلك يكون متبرعاً به ، ولا يحتسب له ، لانه أصلح ملك غيره بغير طلب منه ولا ولاية عليه ، فإن فعل ذلك بطلب من المؤجر أو نائبه احتسب له [١] .

التزامات المستأجر بعد انتهاء الاجارة :

إذا انتهت مدة الايجار فعلى المستأجر بعض الالتزامات ، وأهمها ما يأتي [٢] :

أولا — يلتزم المستأجر بتسليم مفتاح الدار والحانوت إلى المؤجر بعد انتهاء المدة .

ثانياً — إذا استأجر شخص دابة من موضع معين في البلد ليركبها ، أو يحمل عليها شيئاً إلى مكان معلوم غادياً ورائحاً ، فـإن على المستأجر أن يأتي بها إلى ذلك الموضع الذي قبضها منه ، لا لأن الرد واجب عليه بل لأجل المسافة التي تناولها العقد ، لأن عقد الاجارة لا ينتهي إلا برد

---

(١) البدائع : ٤ ص ٢٠٨ ومابعدها .

(٢) انظر البدائع : ٤ ص ٢٠٩ .

الدابة إلى ذلك الموضع ، فإن ذهب بالدابة إلى منزله ، فأمسكها حتى عطبت ، ضمن قيمتها ، لأنه تعدى في أخذها إلى غير موضع العقد .

فإن قال المستأجر : « أركبها من هـذا الموضع إلى موضع كذا وأرجع إلى منزلي » فليس على المستأجر ردها إلى منزل المؤجر ، لأنه لما عاد إلى منزله ، فقد انقضت مدة الاجارة ، فبقيت الدابة أمانة في يده ، فلا يلزم بردها كالوديعة .

أما إذا استأجر الدابة ليركبها في حوائجه في بلد ما وقتاً معلوماً ، فمضى الوقت ، فليس على المستأجر تسليمها إلى صاحبها : بأن يذهب بها إلى منزله ، وإنما على المؤجر أن يستلمها من منزل المستأجر ، لأن المنفعة التي حصل عليها المستأجر كانت مقابلة بعوض وهو الأجر المستحق للمؤجر فلم يكن على المستأجر الرد ، فبقيت في يده أمانة كالوديعة ، حتى إنه لو أمسكها أياماً فهلكت في يده ، لم يضمن شيئاً . وهذا بخلاف المستعير والغاصب ، فإنها ملزمان برد الشيء على صاحبه ، لأن المستعير ينتفع بالعارية بدون مقابل ، والغاصب لا حقّ له في المغصوب .

ب ـ أحكام الاجارة على الاعمال :

الاجارة على الأعمال : هي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخياطة قميص وحمل إلى موضع معين وصباغة ثوب وإصلاح حذاء ونحو ذلك .

والأجير نوعان : أجير خاص وأجير مشترك .

فالأجير الخاص أو أجير الوحد : هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة . وحكمه : أنه لايجوز له العمل لغير مستأجره .

والأجير المشترك : هو الذي يعمل لعامة الناس كالصباغ والحداد

والكواء ونحوهما. وحكمه أنه لايجوز له العمل لكافة الناس، وليس لمن استأجره أن يمنعه عن العمل لغيره [١] .

ويلاحظ أن الظئر التي تستأجر للارضاع هي بمنزلة الأجير الخاص ، لايجوز لها أن ترضع صبياً آخر ، فإن أرضعته مع الصبي الأول فقد أساءت وأثمت إن كانت أضرت بالصبي ، ولها الأجر على إرضاع الصبيين استحساناً ، لأن المعقود عليه مطلق الإرضاع ، وقد وجد . والقياس أن لايكون لها الأجر ، لأن العقد وقع على عملها ، فلا تستحق الأجر بعمل غيرها .

وعلى الظئر القيام بالرضاع ، وبأمر الصبي فيما يحتاج إليه من غسله وغسل ثيابه وطبخ طعامه ، وعلى الأب نفقات الطعام ، وما يحتاج إليه الصبي من الريحان والدهن ونحو ذلك . وأما ماذكر في كتاب الأصل من أن على الظئر ما يعالج به الصبي من الريحان والدهن ، فهو محمول على عادة أهل تلك البلاد في الماضي [٢] .

(١) البدائع : ٤ ص ١٧٤ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠٠ ، تبيين الحقائق : ٥ ١٣٣ ومابعدها .

(٢) البدائع : ٤ ص ٢٠٩ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٢٩ .

المطلب الخامس

ضمان الأجير وسقوط أجره بهلاك العين

نتكلم هنا عن ضمان الأجير للعين التي استؤجر عليها ، وعن ضمان العين التي يستأجرها أحد الناس للانتفاع بها .

ضمان الأجير : عرفنا أن الأجير نوعان : خاص وعام ، فالأجير الخاص اتفق أئمة المذاهب وهم (الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) على أنه لايكون ضامناً للعين التي تسلم إليه للعمل فيها ، لأن يده يد أمانة كالوكيل والمضارب ، كما إذا استأجر إنسان خياطاً أو حداداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده ، فلا يضمن العين التي تهلك في يده ، ما لم يحصل تعدٍ أو تقصير منه ، سواء تلف في يده أو تلف أثناء عمله .

وأما الأجير المشترك كالصانع فقد اختلفوا فيه : فقال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد والحنابلة في الصحيح من مذهبهم وهو الصحيح من أقوال الشافعي إلا أنه لم يكن يفتي به لفساد الناس : إن يده يد أمانة كالأجير الخاص ، فلا يضمن ما تلف عنده إلا بالتعدي أو التقصير ، لأن الأصل أن لايجب الضمان إلا بالاعتداء لقوله تعالى : « فلا عدوان إلا على الظالمين » ولم يوجد التعدي من الأجير ، لأنه مأذون في القبض ، والهلاك ليس هو سبباً فيه [1] .

---

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٩ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١١٠ ، ١٣٤ ، البدائع : ٤ ص ٢١١ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠٧ ، المبسوط للسرخسي : ١٥ ص ١٠٣ ، الشرح الكبير : ٤ ص ٢٨ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥١ ، المهذب : ١ ص ٤٠٨ ، المغني : ٥ ص ٤٨١ .

وقال الصاحبان : يد الأجير المشترك يد ضمان ، فهو ضامن لما يهلك في يده ، ولو بغير تعد أو تقصير منه ، إلا إذا حصل الهلاك بحريق غالب عام ، أو غرق غالب ونحو ذلك ، واستدلوا بفعل عمر وعلي الآتي بيانه [١] .

وقال المالكية : يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده ولو بغير تعد أو تقصير ، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده ، والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه ، والخباز ضامن لما أفسد من خبزه ، والحمال يضمن مايسقط من حمله عن رأسه ، أو تلف أثناء عثرته ، والجمال يضمن ماتلف بقيادته وسوقه وانقطاع حبله الذي يشد به بعيره ، والملاح يضمن ما تلف من يده أو مايعالج به السفينة . ودليلهم قول النبي ﷺ « على اليد ماأخذت حتى تؤديه » [٢] وماروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ والصواغ ويقول : « لايصلح الناس إلا هذا » وروي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس [٣] ، ولأن

---

(١) البدائع : ٤ ص ٢١٠ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠١ ، مختصر الطحاوي ، والمبسوط : المرجعان السابقان ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥١ ، المهذب ، المرجع السابق ، المغني : ٥ ص ٤٨٧ .

(٢) رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة وصححه الحاكم عن سمرة بن جندب ، ورواه أيضاً الطبراني والحاكم وابن أبي شيبة (انظر جامع الأصول : ٩ ص ١١٠ ، نصب الراية : ٤ ص ١٦٧ ، التلخيص الحبير: ص٢٥٣ ، المقاصد الحسنة: ص٢٩٠ ، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٩٨ ، سبل السلام : ٣ ص ٦٧) .

(٣) حديث عمر أخرجه عبد الرزاق بسند منقطع عنه أن عمر ضمن الصناع . وأما حديث علي فرواه البيهقي من طريق الشافعي عن علي بسند ضعيف ، قال الشافعي : هذا لايثبت أهل الحديث مثله ، ولفظه : أن علياً ضمن الغسال والصباغ ، قال الشافعي: « لا يصلح الناس إلا ذلك » وروي عن عثمان من وجه أضعف من هذا ، وروى البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي أنه كان يضمن الصباغ والصائغ ، وقال : « لا يصلح الناس إلا ذاك » (انظر التلخيص الحبير : ص ٢٥٦) .

الأجير المشترك قبض العين لمنفعته من غير استحقاق ، فيضمن كالمستعير [١] .

مايغير الشيء من صفة الأمانة إلى صفة الضمان : إذا كان الشيء المأجور ، كثوب الصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة يعتبر أمانة في يد الأجير ، فذلك بحسب الأصل العام عند أبي حنيفة ومن وافقه ، وبناء على ذلك فقد تتغير صفة الأمانة إلى الضمان في الأحوال الآتية [٢] :

أولاً — ترك الحفظ : أي أن الأجير يهمل في حفظ المتاع ، فيلتزم بضمانه ، لأن الأجير لما قبض المأجور فقد التزم حفظه ، وترك الحفظ موجب للضمان ، كالوديع إذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت .

ثانياً — الإتلاف والإفساد : إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإتلاف أو بالغ في دق الثوب مثلاً ، ضمن سواء أكان الأجير مشتركاً أو خاصاً .

وان لم يكن الأجير متعدياً في الافساد بأن أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده : فإن كان الأجير خاصاً لم يضمن اتفاقاً ، وإن كان مشتركاً كالقصار إذا دق الثوب فتخرق ، أو ألقاه في المواد الكيمياوية فاحترق ، أو كالملاح إذا غرقت السفينة من عمله ، أو الحمال إذا سقط على الأرض وفسد الحمل ، أو الراعي المشترك إذا ساق الدواب ، فضرب بعضها بعضاً في حال سياقه حتى هلك بعضها ، ففي كل هذه الحالات يكون الهالك مضموناً عند أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن العمل المأذون فيه

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠ ، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي: ٤ ص ٢٧ ومابعدها ، المغني : ٥ ص ٤٧٩ ومابعدها .

(٢) راجع البدائع : ٤ ص ٢١١ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠١ ومابعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٣٠ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٣٥ ، رد المحتار : ٥ ص ٤٦ ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٤ ، ١٦١ ، ج ١٦ ص ٩ ومابعدها .

هو العمل المصلح لا المفسد ، لأن العـــاقل لايرضى بإفساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمقابلة ذلك ، فيتقيد الأمر بما يصلح دلالة .

وقال الشافعيـة وزفر : لايضمن الاجير في تلك الحالات مالم يحصل منه تعدٍ أو تقصير في عمله ، لأن عمله مأذون فيه في الجمـلة ، وإذا لم يكن مأذوناً فيه فلا يمكنه التحرز عن هذا الفساد ، لأنه ليس في وسعه القيام بأصل مهمته إلا بحرج ، والحرج منفي [١] .

تلميذ الأجير المشترك : إذا تلف الشيء المـأجور في الحـــالات السابقة بيد تلميذ « صانـع » الأجير ، فلا ضمان عليه ، وإنما الضمان على معلمه ، لأنه هو المسؤول أصالة ، فكأنه فعل بنفسه .

وإذا وطىء التلميذ ثوباً في مهنـة القصارة « أي المصبغة في عرفنا » فخرقه ، يضمن لأن وطء الثوب غير مأذون فيه .

ولو وقع في يد التلميذ سراج فأحرق ثوباً من القصارة ، فالضمان على المعلم ، لا على التلميذ ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمـــل مأذون فيه فيكون المعلم هو المسؤول ، كأنه فعل ذلك بنفسه .

وكذلك لو وقعت مدقة القصار من يـد التلميذ على ثوب فخرقته ، فالضمان على المعلم ، لأن هذا من عمل القصار فيضاف الفعل اليه .

فإن كان وقوع المدقة على ثوب وديعة فخرقه ، فالضمان على الغلام ، لأن المعلم يسأل عن عمل التلميذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه ، وذلك فيما يتعلق بشؤون الصنعة فقط .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥١، المبسوط ، البدائع ، تكملة فتح القدير ، المراجع السابقة .

البزاغ والفصاد والختان (١) : ويلاحظ أن حكم هؤلاء بخلاف حكم الحالات السابقة ، فإذا كانوا يقومون بعملهم ، ثم سرى أثر العمل الى تلف النفس والموت فلا ضمان عليهم ، لأنه ليس في وسعهم الاحتراز من ذلك (٢) .

ثالثاً – مخالفة المستأجر شرط المؤجر نصاً أو دلالة : المخالفة سبب لوجوب الضمان . وللمخالفة صور وهي اما في الجنس أو في القدر أو في الصفة ، أو في المكان أو في الزمان ، وتحصل المخالفة إما في استئجار الدواب وإما في استئجار الصناع .

أما استئجار الدواب : فإما أن يكون ضرر الدابة من جهة الخفة والثقل أو بسبب اختلاف الجنس (٣) .

آ – **فان كان ضرر الدابة من حيث قدر الخفة والثقل** : فإن كان الشيء المحمول مثل المتفق عليه مع المؤجر أو أخف فلا شيء على المستأجر بهلاك الدابة ، لأن التعيين بشيء محمول لا فائدة فيه ، وليس هناك مخالفة في المعنى في تحميل مثل الشيء أو دونه .

وإن كان الشيء المحمول أثقل من المتفق عليه : فإن كان بخلاف

---

(١) البزاغ : هو البيطار ، يقال : بزغ الحاجم : شق وشرط ، وبزغ دمه : أساله. والفصاد: الذي يشق العرق ويسحب الدم ، يقال : فصد المريض : شق عرقه ، وافتصد العرق : شقه ، والختان : هو الذي يختن الأولاد أي (المطهر) .

(٢) تكملة فتح القدير : ٧ ص ٢٠٦ ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٤ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٣٧ ، رد المحتار : ٥ ص ٤٧ .

(٣) انظر البدائع : ٤ ص ٢١٣ ومابعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٧٠ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١١٨ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ س ١٧٠ ومابعدها ، رد المحتار : ٥ ص ٢٥ ومابعدها .

جنسه ، بأن حمّل مكان الشعير الحنطة ، فعطبت الدابة ، فهو ضامن قيمتها ، ولا أجر عليه ، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر ، لأن الأجر مع الضمان لايجتمعان ، لأن وجوب الضمان لصيرورته غاصباً ، ولا أجرة على الغاصب (١) .

وان كان الشيء المحمول الذيهوأثقل :من جنس المتفق عليه بأن حمل أحد عشر رطلاً مثلاً مكان عشرة أرطال ، فإذا سلمت الدابة : فعليه ماسمي من الاجرة ، ولا ضمان عليه . وان عطبت ضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة الدابة وعليه الاجر الذي سمي ، لأن الدابة ماتت بفعل مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فيقسم التلف على قدر ذلك أي أحد عشر جزءاً ، ويضمن بقدر الزيادة .

ب - وإن كان ضرر الدابة لا من حيث الخفة والثقل، وإنما بسبب اختلاف الجنس : كأن يستأجر إنسان دابة ليحمل عليها قنطاراً من قطن فحمل عليها قنطاراً من حديد أو أقل ، فتلفت الدابة ، فيضمن قيمتها لأن ثقل القطن ينبسط على ظهر الدابة ، وأما ثقل الحديد فيجتمع في موضع واحد ، فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها ، فلم يكن مأذوناً فيه فصار غاصباً ، فيضمن ، ولا أجرة لما عرفنا قريباً .

ويترتب على ذلك أنه لو استأجر إنسان دابة ليركبها بنفسه ، فأركبها غيره ممن هو مثله في الثقل أو أخف منه ضمن قيمتها بالتلف ، لأن المخالفة هنا ، لا من جهة الخفة والثقل ، بل من حيث الحذق والعلم ، فالناس يختلفون في ذلك اختلافاً واضحاً .

ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه فأركب معه غيره فعطبت فهو ضامن

---

(١) المبسوط : ١٥ ص ١٤٧ .

لنصف قيمتها إذا كانت الدابة مما يمكن أن يركبها اثنان ، لأن التلف حصل بركوبها المشتمل على مأذون فيه وغير مأذون فيه ، فإن كانت الدابة لاتطيق أن يركبها اثنان ، فيضمن جميع قيمتها ، لأنه أتلفها بإركاب غيره .

وإذا استأجر دابة بإكاف « أي برذعة » فنزعه منها ، وأسرجها ، فلا ضمان عليه ، لأن ضرر السرج أقل من ضرر الإكاف ، لأنه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الإكاف .

وإن استأجر حماراً بسرج فأسرجه سرجاً آخر : فإن كان مثل السرج الأصلي الأول لايضمن ، إذ لاتفاوت بين السرجين في الضرر ، وإن أسرجه بسرج الفرس يضمن ، لأن ضرره أكثر بسبب كبره ، فكان إتلافا للدابة .

ولو استأجر حماراً بسرج ، فنزع منه السرج وأوكفه فعطب ، ففي كتاب الأصل لمحمد : يضمن قدر ما زاد الإكاف على السرج . وفي كتاب الجامع الصغير ذكر محمد اختلافاً بين أئمة الحنفية في ذلك ، ففي قول أبي حنيفة : يضمن كل القيمة ، لأن الإكاف لا يخالف السرج في الثقل ، وإنما يخالفه من وجه آخر : وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ، والمخالفة إذا لم تكن بسبب الثقل توجب الضمان لجميع الشيء التالف .

وفي قول الصاحبين : يضمن بمقدار الزيادة ، لأن الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة ، وإنما يختلفان بالثقل والخفة لأن الاكاف أثقل ، فيضمن بقدر الثقل .

ولو استأجر حماراً عرياناً فأسرجه ، ثم ركب فعطب ، كان ضامناً

لأن السرج أثقل على الدابة ، وقيل : هـذا إذا استأجره ليركبه في داخل مصر ، وهو ممن يركب في المصر عـادة بغير سرج ، أما إذا استأجره ليركبه خـــارج المصر ، أو هو من ذوي الهيئات لا يضمن لأن الحمار لا يركب من بلد إلى بلد بغير سرج ولا إكاف ، وذو الهيئة لا يركب عادة بغير سرج ، فكان الاسراج مأذوناً فيه دلالة ، فلا يضمن.

ج - **وإن كانت المخالفة في المكان** : كأن يستأجر دابة للركوب أو للحمل إلى مكان معلوم ، فجاوز ذلك المكان ، فيضمن كل القيمة [1] .

د - **وأما في المخالفة في الزمان** : كأن يستاجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة ، فانتفع بها زيادة على المدة ، فعطبت في يده ، فيضمن القيمة أيضاً ، لأنه صار غاصباً بالانتفاع بها فيما وراء المدة المحدودة .

وأما استئجار الصناع : كالحائك والخائط والصباغ ونحوهم [2] :

ففي حالة المخالفة في الجنس كأن يسلم إنسان ثوباً إلى صباغ ليصبغه لوناً معيناً فصبغه لوناً آخر : يكون صاحب الثوب بالخيار : إن شاء ضمن الصباغ قيمة الثوب ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطى الصباغ ما زاد الصبغ فيه . ومثل ذلك أن يسلم شخص خياطاً قماشاً ليخيطه قميصاً ، فخاطه معطفاً مثلا ، فيكون صاحب القماش بالخيار بين أن يضمن الخياط قيمة القماش ، أو أن يأخذ المخيط ويعطي أجر المثل .

وأما في المخالفة في الصفة : كأن يسلم صباغاً ليصبغه بصبغ معين ،

---

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٨ .

(٢) انظر البدائع : ٤ ص ٢١٦ ومابعدها ، المبسوط : ١٥ ص ١٠٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ١٧٠ .

فصبغه بصبغ آخر من جنس اللون المتفق عليه ، فيكون صاحب الثوب أيضاً مخيراً بين تضمين قيمة الثوب أو أخذه وإعطاء أجر المثل .

وكذلك الخلاف في القدر مثل أن يسلم شخص غزلاً الى حائك ينسجه بغلاظ معين : ثخين أو رفيع ، فخالف بالزيادة أو بالنقصان يكون صاحب الثوب حال الزيادة مخيراً بين تضمين مثل الغزل ، أو أن يأخذ الغزل ويعطي الأجر المسمى . وفي حال النقصان يوجد روايتان : رواية في كتاب الأصل : مفادها أن لصاحب الثوب أن يأخذه ، ويعطي الحائك من الأجر بحسابه . ورواية أخرى : مفادها أن على صاحب الثوب أجر المثل . وأدلة كل ما سبق ذكره يمكن ملاحظتها ، ويرجع إلى « البدائع » وغيرها من الكتب عند العجز عن إدراك ذلك .

سقوط أجر الاجير بهلاك العين في إجارة الاعمال :

عرفنا فيما سبق رأي الجمهور في صفة يد الأجير المشترك وهي أنها يد أمانة ، فلا يضمن هلاك العين الا بالتعدي أو بالتقصير .

وأما غير الجمهور وهم المالكية والصاحبان من الحنفية : فيرون أن يد الأجير المشترك هي يد ضمان ، فيضمن الشيء التالف ، ولو بغير تعد أو تقصير [١] .

أما العين المستأجرة : فلا خلاف بين العلماء في أنها أمانة في يد المستأجر ، فلا يضمنها إن تلفت بغير تفريط منه لأن قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها ، فكانت أمانة [٢] .

(١) انظر الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٥ ، المغني لابن قدامة : ٥ ص ٤٨٧ .

(٢) انظر المغني : ٥ ص ٤٨٨ ، البدائع : ٤ ص ٢١٠ ، المهذب : ١ ص ٤٠٨ .

وبناء على الخلاف في صفة يد الأجير : هل تسقط الاجرة بهلاك العين في عقد إجارة الاعمال ؟

قال الشافعية : إذا عمل الاجير في ملك المستأجر أو بحضرته وجبت له الاجرة ، لانه تحت يده ، فكلما عمل شيئاً صار مسلماً له . وإن كان العمل في يد الاجير لم يستحق الاجرة بهلاك الشيء في يده ، لانه لم يسلم العمل (١) .

وقال الحنابلة بنحو مذهب الشافعية : وهو أن الأجير لا أجر له فيما عمل في يده ، لأنه لم يسلم عمله إلى المستأجر ، فلم يستحق عوضه (٢) .

وقال الحنفية بنحو ذلك أيضاً ، ولكن يحتاج مذهبهم إلى شيء من التفصيل ، فقالوا : إن العين التي يعمل فيها الأجير إما أن تكون في يد الأجير أو في يد المستأجر (٣) .

آ — فان كانت العين في يد الأجير ففيه حالتان :

١ — إن كان لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالخياطة والصباغة والقصارة فيجب الأجر بتسليم ذلك الأثر ، فإن هلك الشيء قبل التسليم في يد الاجير سقط الاجر ، لأن الأثر المعقود عليه وهو صيرورة القماش مثلاً مخيطاً لم يسلم ، والبدل يقابل ذلك الأثر ، فكان كالمبيع .

٢ — وإن لم يكن لعمل الأجير أثر ظاهر في العين كالحمال والملاح فيجب الأجر بمجرد انتهاء العمل ، وإن لم يسلم العين لصاحبها ، لأن

---

(١) المهذب : ١ ص ٤٠٩ .

(٢) انظر البدائع : ٤ ص٢٠٤ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١٠٩ ومابعدها ، حاشية ابن عابدين والدر المختار : ٥ ص ١٢ .

(٣) تبيين الحقائق : ٥ ص ١١١ .

البدل يقابل نفس العمل ، فإذا انتهت مدة الاجارة ، فقد فرغ من العمل ، وصار مسلماً للعين التي هي ملك صاحبها ، فلا يسقط الأجر بالهلاك بعدئذ .

حبس العين لاستيفاء الأجرة : — وبناء على اختلاف الحكم في الحالتين السابقتين قال الحنفية : إن كل عمل له أثر في العين المملوكة لصاحبها يجعل للأجير حق حبس العين ، حتى يستوفي الأجر ، لان البدل مستحق بمقابلة ذلك الاثر . وما لا أثر له لايثبت فيه حق الحبس ، لأن العمل المعقود عليه ليس في العين .

ولهذا قال الحنفية : إن الحمال إذا حبس المتاع الذي هو في يده ليستوفي الأجر فهلك يضمن ، لان العين أمانة في يده ، فإذا حبس صار غاصباً ، فيضمن .

ب — **وأما إذا كانت العين المعمول فيها في يد المستأجر** : وذلك بأن يعمل الأجير في ملك المستأجر أو فيما في يده من فناء ملكه ونحو ذلك ، فيستحق الاجير أجرته بعد الفراغ من العمل إذا أكمله ، وإن لم يكمله وعمل بعض العمل فيستحق من الاجر بقدر ما أنجزه من العمل، ويصير ذلك مسلما الى صاحبه ، ويملك المطالبة بقدره من المدة . فلو استأجر شخص رجلاً ليبني له بناء في داره أو فيما في يده كأن يستأجره لبناء حجرة في داره أو لبناء سقيفة أو إيوان أو لحفر بئر أو قناة أو نهر في ملكه أو فيما في يده ، فعمل بعضه ، فله أن يطالب بقدر ذلك العمل من الأجرة .

ولكن يجبر على إتمام العمل حتى إنه لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو سقط الإيوان فإن كان بعد الفراغ من العمل لم يسقط شيء من الأجرة ، وإن كان قبل الفراغ من العمل يجب بقدر حصة العمل .

هذا بخلاف ما إذا كان العمل في غير ملك المستأجر أو في يده :

فإن الأجرة حينئذ يتوقف وجوبها على تمام العمل ، فما لم يسلم الأجير العمل لايصير المستأجر قابضاً للمعقود عليه ، ويسقط الأجر إذا فسد المعقود عليه أو هلك قبل ذلك .

وبناء عليه : إذا استأجر شخص إنسانا ليضرب له لبناً في ملكه أو فيما في يده ، فلا يستحق اللبّان الأجرة ، ولا يصير المستأجر قابضاً حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة ، لأن ذلك من تمام هذا العمل . وفي قول الصاحبين : لايستحق الأجرة حتى يشرجه [1] ، لأن تمام العمل بذلك ، ويترتب على هذا الخلاف أنه لوتلف اللبن قبل نصبه في قول أبي حنيفة ، وقبل التشريج في قول الصاحبين ، فلا أجر له لأنه تلف قبل تمام العمل [2] .

أما إذا كان ضرب اللبن في غير ملك المستأجر أو في غير يده ، فلا يستحق الأجير الأجرة إلا بالتسليم إلى صاحب اللبن » والتسليم : هو أن يخلي الأجير بين اللبن وبين المستأجر ، وذلك بعد نصبه عند أبي حنيفة ، وبعد تشريجه عند الصاحبين ، لأن اللبن لم يكن في يد المستأجر ، حتى يصير العمل مسلماً إليه ، فلا بد من التخلية بعد الفراغ من العمل .

ومثل ذلك إذا استأجر إنسان خياطاً ليخيط له في منزله قميصاً : فإن خاط بعضه لم يكن له أجر ، لأن هذا العمل لا ينتفع ببعضه ، فإذا فرغ منه ، ثم تلف ، فله الأجر ، ولا ضمان عليه في قول أبي حنيفة ، لأنه صار مسلماً للعمل لحصوله في ملك صاحبه . وفي قول الصاحبين : تكون العين مضمونة ، فلا يبرأ عن ضمانها إلا بتسليمها إلى مالكها ، فإن هلك الثوب فإن شاء ضمنه قيمته صحيحاً ولا أجر له ، وإن شاء ضمنه قيمته مخيطاً وله الأجر .

(١) شرّج اللبن : نضد بعضه إلى بعض .

(٢) المبسوط : ١٦ ص ٥٨ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ١١٠ .

المطلب السادس

اختلاف المتعاقدين في الإجارة

إذا اختلف المتعاقدان في عقد الإجارة في مقدار البدل أو المبدل ، وكانت الإجارة صحيحة فإما أن يحصل الاختلاف قبل استيفاء المنافع أو بعد استيفائها [(١)] .

فان اختلفا قبل استيفاء المنافع تحالفا أي حلف كل منهما الآخر ، لقول النبي ﷺ : « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا » [(٢)] .

وبما أن الإجارة نوع من البيع فيتناولها الحديث ، وإذا تحالفا تفسخ الإجارة ، وإذا نكل أحدهما عن اليمين لزمه ما ادعى به صاحبه .

وإن أقام كل منهما بينة على مدعاه : فإن كان الاختلاف في البدل فبينة المؤجر أولى ، لأنها تثبت زيادة الأجرة ، وإن كان الاختلاف في المبدل فبينة المستأجر أولى ، لأنها تثبت زيادة المنفعة .

---

(١) راجع البدائع: ٤ ص ٢١٨ ومابعدها، تكملة فتح القدير: ٧ ص ٢١٨، المبسوط: ١٦ ص ١٠ ، رد المحتار على الدر المختار : ٥ ص ٥١ .

(٢) أخرجه أصحاب السنن الأربعة وأحمد والشافعي من طرق بألفاظ منها « إذا اختلف البيّعان وليس بينهما بينة ، فالقول مايقول صاحب السلعة أو يترادان » وزاد ابن ماجه : « والمبيع قائم بعينه » وكذلك أحمد في رواية: «والسلعة كما هي» وقد صححه الحاكم وابن السكن (انظر نصب الراية : ٤ ص ٥ ومابعدها ، نيل الأوطار: ٥ ص ٢٢٣) قال الشوكاني : والظاهر عدم الفرق بين بقاء المبيع وتلفه لعدم انتهاض الرواية المصرح فيها باشتراط بقاء المبيع للاحتجاج ، والتراد مع التلف ممكن بأن يرجع كل واحد منهما بمثل المثلي وقيمة القيمي .

وإن كان اختلاف العاقدين بعد استيفاء المستأجر بعض المنفعة بأن سكن الدار المستأجرة بعض المدة ، أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة ، فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه ، ويتحالفان وتفسخ الإجارة فيما بقي ، لأن العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيئاً فشيئاً ، فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقوداً عليه عقداً مبتدءاً ، فكان مابقي من المدة والمسافة منفرداً بالعقد ، فيتحالفان فيه .

وإن كان اختلافهما بعد انتهاء مدة الإجارة أو بعد بلوغ المسافة التي تم العقد عليها لايتحالفان ، والقول قول المستأجر في مقدار البدل مع يمينه ، ولا يمين على المؤجر ، لأن التحالف يؤدي إلى فسخ الإجارة ، والمنافع غير الموجودة لا تحتمل فسخ العقد ، فلا يثبت التحالف .

وإن اختلف الخياط وصاحب الثوب ، فقال صاحب الثوب : أمرتك أن تعمله قَبَاء[١] وقال الخياط : أمرتني أن أعمله قميصاً ، أو قال صاحب الثوب للصباغ : أمرتك أن تصبغه بلون أحمر ، فصبغته بلون أصفر ، وقال الصباغ : لا ، بل أمرتني بلون أصفر ، فالقول قول صاحب الثوب مع يمينه . وهذا هو القول الأظهر في مذهب الشافعية [٢] ، لأن أصل الإذن صادر من المالك ، فلو أنكر الإذن مطلقاً كان القول قوله ، فكذا إذا أنكر صفة الإذن.

وإذا حلف المالك في هذه الحالة يكون الخياط ضامناً أي أن المالك بالخيار : إن شاء ضمن الخياط ، وإن شاء أخذ الثوب وأعطى الخياط أجر المثل ، والخيار ثابت أيضاً للصباغ .

واذا اختلف مالك الثوب مع الصانع في وجود الأجرة ، فقال صاحب الثوب : عملته لي بغير أجر ، وقال الصانع : بأجر ، فالقول قول صاحب

---

(١) ثوب يلبس فوق الثياب .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٤ .

الثوب عند أبي حنيفة ، لأنه ينكر تقوم عمله ، لأن تقومه بالعقد ، وينكر الضمان ، والصانع يدعيه ، والقول قول المنكر .

وقال أبو يوسف : ان تكررت تلك المعاملة بينهما بأجر ، فللصانع الأجر والا فلا ، لأن ما سبق بينهما يعين جهة الطلب بأجر ، جرياً على المعتاد بينهما .

وقال محمد : ان كان الصانع معروفاً بهذه الصنعة بالأجر ، فالقول قوله ، لأنه لما فتح الحانوت لأجل أخذ الأجور جرى ذلك مجرى التنصيص على الأجر ، أخذاً بظاهر الأمور : قال المرغيناني في الهداية مامعناه :والقياس ما قاله أبو حنيفة ، لأن المالك منكر ، والجواب عن استحسان الصاحبين : أن ظاهر الحال يتمسك به لدفع الحق لا للاستحقاق ، والحاجة تتطلب هنا الاستحقاق .

المطلب السابع

انتهاء عقد الإجارة

١ – تنتهي الإجارة عند الحنفية كما عرفنا في مبحث صفة الإجارة بموت أحد المتعاقدين ؛ لأن الإرث يجري في الموجود المملوك ، وبما أن المنافع في الإجارة تحدث شيئاً فشيئاً ، فتكون عند موت المورث معدومة ، فلا تكون مملوكة له ، وما لم يملكه يستحيل توريثه فيحتاج عقد الإجارة للتجديد مع الوارث ، حتى يكون العقد قائماً مع المالك . ولو مات الوكيل بالعقد لاتبطل الإجارة ، لأن العقد لم يقع له ، وإنما هو عاقد ، ولو ماتت الظئر أو الصبي انتقضت الإجارة لأن كل واحد منهما معقود له .

وقال الجمهور : لاينفسخ عقد الإيجار بموت أحد المتعاقدين ، لأنه عقد لازم كالبيع ، ولكن تنفسخ الإجارة بموت الظئر أو الصبي لفوات المنفعة بهلاك محلها وهو الظئر ، ولتعذر استيفاء المعقود عليه ، لأنه لايمكن إقامة غير هذا الصبي مقامه (١)

٢ – تنتهي الإجارة أيضاً بالإقالة ؛ لأن الإجارة معاوضة مال بمال ، فكانت محتملة للإقالة كالبيع .

٣ – الإجارة تنقضي بهلاك العين المؤجرة المعينة كالدار أو الدابة المعينة وهلاك المؤجر عليه كالثوب المؤجر للخياطة أو للقصارة لوقوع

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٢٧ ، الشرح الكبير للدردير : ٤ ص ٣٠ ، المهذب : ١ ص ٤٠٦ ، المغني : ٥ ص ٤٥٦ .

اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه ، فلم يكن في بقاء العقد فائدة . فإن كانت الإجارة على دواب بغير أعيانها للحمل أو الركوب ، فتسلم المستأجر الدواب ، فهلكت لاتبطل الإجارة ، وعلى المؤجر أن يأتي بغيرها لتحمل المتاع وليس له أن يفسخ العقد ، لأن الإجارة وقعت على منافع في الذمة ، ولم يعجز المؤجر عن وفاء ما التزمه بالعقد ، وهو حمل المتاع إلى موضع كذا ، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة [١] .

٤ — تنتهي الإجارة بانقضاء المدة إلا لعذر ، لأن الثابت إلى غاية ينتهي عند وجود الغاية ، فتنفسخ الإجارة بانتهاء المدة إلا إذا كان هناك عذر بأن انقضت المدة ، وفي الأرض زرع لم يستحصد ، فإنه يترك إلى أن يستحصد بأجر المثل [٢] .

---

(١) البدائع : ٤ ص ٢٢٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص٢٢٨، الشرح الكبير : ٤ ص٢٩، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٥٧ ، المهذب: ١ ص ٤٠٥ ، المغني : ٥ ص ٤١٥ ، ٤٢١، ٤٣٤.

(٢) البدائع ، المرجع السابق .

الشركات

تمهيد في تعريف الشركة ومشروعيتها :

الشركة لغة : هي الاختلاط أي خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضها . ثم أطلقت عند الجمهور على العقد الخاص بها ، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين ، لأن العقد سبب الخلط [١] .

واختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة اصطلاحا ، فقال المالكية : هي إذن في التصرف لهما مع أنفسها أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع إبقاء حق التصرف لكل منها [٢].

وقال الحنابلة : الشركة : هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف [٣].

وقال الشافعية : الشركة ثبوت الحق في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع [٤] .

وقال الحنفية : الشركة عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح [٥] .

مشروعية الشركة : قد ثبتت مشروعية الشركة بالكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب فقوله تعالى : « فهم شركاء في الثلث » وقوله سبحانه:

---

(١) فتح القدير مع العناية : ٥ ص ٢ ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٣ ص ٣١٢ .

(٢) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ ص ٣٤٨ .

(٣) المغني : ٥ ص ١ .

(٤) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١١ ، حاشية قليوبي وعميرة : ٢ ص ٣٣٢ .

(٥) رد المحتار : ٣ ص ٣٦٤ .

« وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنو وعملوا الصالحات ، وقليل ما هم » والخلطاء : هم الشركاء .

وأما السنة ففي الحديث القدسي فيما يروى عن أبي هريرة رفعه إلى النبي ﷺ قال : إن الله عز وجل يقول : « أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خـانه خرجت من بينهما » رواه أبو داود والحـاكم وصحح إسناده [١] والمعنى : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، أمدهما بالمعونة في أموالهما وأنزل البركة في تجـارتهما ، فإذا وقعت بينهما الخيانة رفعت البركة والإعانة عنهما .

وقد بعث رسول الله ﷺ ، والناس يتعاملون بالشركة فأقرهم عليها ، كما ثبت ذلك في أحاديث كثيرة [٢] وقال عليه السلام : « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » [٣] .

والمسلمون أجمعوا على جواز الشركة في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها [٤] ولذا فإنا سنتكلم عن الشركة بأنواعها .

تقسيم الشركة : الشركة قسمان : شركة أملاك : وهي الشركات الإجبارية في القوانين الوضعية ، وشركة عقود : وهي الشركات الاختيارية في القوانين .

شركة الأملاك وهي أن يتملك شخصان فأكثر عيناً من غير عقد الشركة ، وهي نوعان [٥] :

---

(١) وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حيان وقد ذكره ابن حبان في الثقات ، وسكت أبو داود والمنذري عن هذا الحديث ، وأخرج نحوه أبو القـاسم الأصبهاني في الترغيب والترهيب عن حكيم بن حزام (انظر جامع الاصول : ٦ ص ١٠٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٦٤) .

(٢) انظر نصب الراية للحافظ الزيلعي : ٣ ص ٤٧٤ ، جامع الأصول ، المرجع السابق ، التلخيص الحبير : ص ٢٥١ .

(٣) ذكره ابن قدامة في المغني : ٥ ص ١ .

(٤) المغني ، المرجع السابق .

(٥) البدائع : ٦ ص ٥٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٣ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٦٤ ومابعدها.

١ — شركة اختيار : وهي التي تنشأ بفعل الشريكين ، مثل أن يشتريا شيئاً أو يوهب لهما شيء أو يوصى لهما بشيء، فيقبلا، فيصير المشترى والموهوب والموصى به مشتركا بينهما شركة ملك .

٢ — شركة جبر : وهي التي تثبت لشخصين فأكثر بغير فعلهما ، كأن يرث اثنان شيئاً فيكون الموروث مشتركاً بينهما شركة ملك .

وحكم هذه الشركة بنوعيها : هو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه ، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه ، إذ لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر [١] .

شركة العقود :

وهي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه [٢] وهي أنواع خمسة عند الحنابلة : شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه ، والمضاربة . وقسمها الحنفية إلى ستة أنواع : وهي شركة الأموال ، وشركة الأعمال ، وشركة الوجوه . وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان [٣] وعلى الجملة فإن الشركة عند فقهاء الأمصار ومنهم المالكية والشافعية أربعة أنواع : شركة العنان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه [٤] .

وقد اتفق العلماء على أن شركة العنان جائزة صحيحة . وأما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا في مشروعيتها :

---

(١) البدائع : ٦ ص ٦٥ ، المبسوط : ١١ ص١٥١، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣١٢.
(٢) الفقه على المذاهب الأربعة : ٣ ص ٨٣ .
(٣) تبيين الحقائق للزيلعي : ٣ ص ٣١٣ .
(٤) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٤٨ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٢ .

فالشافعيـة يعتبرون كل الشركات باطـلة ماعدا شركة العنان .
والحنابلة أجـازوا كل الشركات ماعدا شركة المفاوضة .
والمالكية أجازوا كل الشركات ماعدا شركة الوجوه .

وأما الحنفية فأجـازوا كل هذه الشركات دون استثناء إذا توافرت شروط معينة . ونحن سنتـكلم هنا عن شركة العقود وفقاً لمنهج الحنفية في التقسيم ، وذلك في المطالب الآتية . وأما شركة المضاربة فنخصص مبحثاً مستقلاً لها .

خطة الموضوع :

المطلب الأول – كيفية انعقاد شركات العقود .

المطلب الثاني – شرائط شركة العقود .

المطلب الثالث – أحكام شركة العقود .

المطلب الرابع – صفة عقد الشركة .

المطلب الخامس – مبطلات عقد الشركة .

المطلب السادس – الشركة الفاسدة .

المطلب الأول

كيفية انعقاد شركات العقود

ركن شركة العقود : الإيجـــاب والقبول : وهو أن يقول أحد الشريكين للآخر : شاركتك في كذا وكذا ، ويقـول الآخر : قبلت وهي ثلاثة أنواع :

شركة أموال ،وشركة وجوه ، وشركة أعمال أو صنايع [1]. وسنذكر تعاريف كل نوع منها .

أولاً ـ تعريف شركة الأموال :

وهي أن يشترك اثنان ، فيقولا : اشتركنـا فيـه على أن نبيـع ونشتري معاً ، أو أطلقا على أن ما رزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على شرط كذا ، أو يقول أحدهما ذلك ، ويقول الآخر : قبلت . وهي إما مفاوضة أو عنان .

١ ـ **شركة العنان** [2] : وهي أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والربح بينهما ، وهي جائزة بالإجماع كما ذكر ابن المنذر . وإنما اختلف في بعض شروطها ، كما اختلف في علة تسميتها ، فقيل : سميت بذلك ، لأن الشريكـين يتساويان في المال والتصرف كالفـارسين

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٤ ومابعدها ، البدائع : ٦ ص ٥٦ ، رد المحتـار : ٣ ص ٣٦٨ .

(٢) العنان بكسر العين وتفتح .

إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير، فإن عناني فرسيهما يكونان سواء . وقال الفراء : هي مشتقة من عَنَّ الشيء : إذا عرض ، يقال : عنَّت لي حاجة : إذا عرضت ، فسميت الشركة بذلك ، لأن كل واحد منهما عنَّ له أن يشارك صاحبه ، أو أنها تقع على حسب مايعن لهما في كل التجارات أو في بعضها .

قال السبكي : المشهور أنها مأخوذة من عنان الدابة وهو ماتقاد به ، كأن كل واحد من الشريكين أخذ بعنان صاحبه ، لا يطلقه يتصرف حيث شاء [1] . وهذا النوع من الشركات هو السائد بين الناس ؛ لأن شركة العنان لا يشترط فيها المساواة لا في المال ولا في التصرف ، فيجوز أن يكون مال أحد الشريكين أكثر من الآخر ، كما يجوز أن يكون أحدهما مسؤولاً عن الشركة والآخر غير مسؤول ، وهي من أجل ذلك ليس فيها كفالة ، فلا يطالب أحدهما إلا بما عقده بنفسه من التصرفات، أما تصرفات شريكه فهو غير مسؤول عنها، ويجوز مع ذلك أن يتساويا في الربح أو يختلفا ، فيوزع الربح بينهما حسب الشرط الذي اتفقا عليه ، أما الخسارة فتكون بنسبة رأس المال فحسب .

٢ – شركة المفاوضة :

المفاوضة في اللغة : المساواة . وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك . وقيل : هي من التفويض ، لأن كل واحد منهما يفوض التصرف الى صاحبه على كل

---

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، المبسوط : ١١ ص ١٥١ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٠ ، البدائع : ٦ ص ٥٧ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٣ ، الشرح الكبير : ٣ ص ٣٥٩ ، المغني : ٥ ص ١٣ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٢ .

حال في غيبته وحضوره . وقال المالكية والشافعية : سميت مفاوضة من تفاوض الرجلان في الحديث : شرعا فيه جميعاً .

وهي في الاصطلاح : أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في عمل بشرط أن يكونا متساويين في مالهما وتصرفهما ودينهما أي (ملتهما) ، ويكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع ، كما أنه وكيل عنه ، فلا يصح أن يكون أحدهما أكثر مالاً من الآخر ، كأن يملك أحدهما ألف ليرة سوريةوالآخر خمسمائة ، ولو لم يكن ذلك مستعملاً في التجارة . ويشترط التساوي في التصرف فلا تصح بين صبي وبالغ ، ولا بين مسلم وكافر ، ولا يصح أن يكون تصرف أحدهما أكثر من تصرف الآخر . فإذا تحققت المساواة الكاملة انعقدت الشركة وكان كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه وكفيلاً عنه يطالب بما يعقده صاحبه ، ويسأل عن جميع تصرفاته .

وعلى هذا فإن هذه الشركة تتطلب الاشتراك بين الشريكين في كل مالهما من الحقوق كإرث وركاز ولقطة ، وما عليهما من الواجبات التي يلتزم بها كل واحد من ضمان غصب وقيمة متلف وأرش [١] جناية ونحو ذلك من المغارم [٢] .

وقد أجاز المالكية والحنفية هذه الشركة لقوله عليه السلام : « إذا

---

(١) الأرش : هو العوض المحدد شرعاً لمادون النفس بسبب الجناية على عضو مثلاً .

(٢) المبسوط : ١١ ص١٥٣ ، ١٧٧ ، فتح القدير : ٥ ص٥ ومابعدها ، البدائع : ٦ ص ٥٨ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣١٣ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٦٩ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٦ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥١ ، الشرح الكبير : ٣ ص ٣٥١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٢ ، المهذب : ١ ص ٣٤٦ ، المغني : ٥ ص ٢٦ ، الفقه على المذاهب الأربعة : ٣ ص ٨٩ ، الميزان : ١ ص ٨٢ .

تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة » ، « فاوضوا فإنه أعظم للبركة » [١] ولأن الناس يتعاملون بها في سائر الأعصار من غير نكير من أحد . وأما الجهالة الحاصلة فيها وهي أنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس ، والكفالة بمجهول ، فإنها متحمله ، لأنها تثبت تبعاً ، والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً ، كما هو الحال في المضاربة ، فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس .

وأما الشافعية والحنابلة : فلم يجيزوا شركة المفاوضة ، لأنها عقد لم يرد الشرع بمثله ولأن تحقق المساواة بالمعنى المطلوب في هذه الشركة أمر عسير ، ولأن فيه غرراً كثيراً وجهالة ، فلم يصح كبيع الغرر . وبيان وجه الغرر فيه : هو أنه يلزم كل واحد منهما ما لزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به ، ولهذا قال الشافعي رضي الله عنه : « إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا » وأما الحديث السابق فهو غير معروف ، ولا رواه أصحاب السنن ؛ بل إنه ليس فيه مايدل على أنه أراد هذا العقد ، فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ، ولهذا روي فيه : « ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان » [٢] .

ثانياً ـ تعريف شركة الوجوه :

هي أن يشترك وجيهان عند الناس من غير أن يكون لهما رأس مال

---

(١) قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث وماقبله : غريب أي لا أصل له ، ثم حاول أن يجد أصلاً للحديث ، فقال : أخرج ابن ماجه في سننه عن صهيب قال : قال رسول صلى الله عليه وسلم : ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة ، وإخلاط البر بالشعير ، لا للبيع » ثم قال الزيلعي : ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه (المفاوضة) بدل (المقارضة) (راجع نصب الراية : ٣ ص ٤٧٥) .

(٢) المراجع السابقة .

على أن يشتريا بالنسيئة « أي بمؤجل » ويبيعا بالنقد بما لهما من وجاهة عند الناس ، فيقولا : اشتركنا على أن نشتري بالنسيئة ونبيع بالنقد على أن ما رزق الله سبحانه من ربح أي (من فرق الأثمان) فهو بيننا على شرط كذا.

وسمي هذا النوع شركة الوجوه ، لأنه لايباع بالنسيئة إلا لوجيه من من الناس عادة . وهي معروفة بالشركة على الذمم من غير صنعة ولامال .

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة لأنهـــا شركة عقد تصح باعتبار الوكالة ، وتوكيل كل واحد منهما صاحبه بالشراء على أن يكون المشترى بينهما صحيح ، فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك . هذا بالإضافة إلى أن الناس تعاملوا بها في سائر الأعصار من غير إنكار من أحد . والخلاصة أن ماااتفقا عليه يعتبر عملاً من الأعمال ، فيجوز أن تنعقد عليه الشركة[١] .

وقال المالكية والشافعية : إن هذه الشركة باطلة ، لأن الشركة تتعلق بالمال أو بالعمل ، وكلاهما معدومان في هذه المسألة [٢] .

وبناء على الرأي الأول يصح تباين الشريكين في حصتهما في ملكية الشيء المشترى ، فيصح أن يكون لأحدهما النصف أو أكثر من النصف ، لحديث الرسول عليه السلام : « المسلمون على شروطهم » وأما الربح فيكون بينهما على قدر الحصة في الملك ، ولا يجوز أن يزيد أحدهما على ربح حصته شيئاً ، لأن الربح في هذه الشركة يستحق بقدر الضمان لا بالمال والعمل ، والضمان يكون بقدر الحصة في الملك ، فيكون الربح بقدر ذلك ، فان زاد الربح على مقدار الضمان زاد بلا مقابل وهو لايجوز .

---

(١) المغني : ٥ ص ١٢ ، البدائع : ٦ ص ٥٧ ، فتح القدير : ٥ ص٣٠ ومابعدها ، المبسوط : ١١ ص ١٥٤ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٢ ، مغني المحتاج: ٢ ص ٢١٢ ، المهذب : ١ ص٣٤٦ ، الميزان للشعراني : حـ١ص ٨٣ .

٣ - تعريف شركة الأعمال أو الأبدان :

وهي أن يشترك اثنان على أن يتقبلا عملاً من الأعمال كالخياطة والحدادة والصباغة ونحوها ، فيقولا : اشتركنا على أن نعمل فيه على أن ما رزق الله عز وجل من أجرة ، فهو بيننا على شرط كذا ، وهي المعروفة بشركة الحمالين وسائر المحترفة كالخياطين والنجارين والدلالين ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متفاوتاً ، سواء اتحدت حرفتهما كنجار ونجار أو اختلفت كخياط ونجار . وتسمى شركة الصنايع وشركة التقبل وشركة الأبدان وشركة الأعمال .

وهي جائزة عند المالكية والحنفية والحنابلة ، لأن المقصود منها تحصيل الربح ، وهو ممكن بالتوكيل ، وقد تعامل الناس بها ، ولأن الشركة تكون بالمال ، أو بالعمل كما في المضاربة، وهذا هنا عمل من الأعمال [١]. وقد قال ابن مسعود : « اشتركت أنا وعمار وسعد يوم بدر ، فأصاب سعد أسيرين ، ولم أصب أنا وعمار شيئاً ، فلم ينكر النبي ﷺ علينا [٢] .

وقال الشافعية وزفر من الحنفية : هي شركة باطلة ، لأن الشركة تختص عندهم بالأموال لا بالأعمال ، لأن العمل لاينضبط ، فكان فيه غرر ، إذ لايدري أحدهما أن صاحبه يكسب أم لا ، ولأن كل واحد منهما متميز عن الآخر ببدنه ومنافعه ، فيختص بفوائده ، كما لو اشتركا في الاحتطاب والاصطياد ، فإن ذلك لايجوز اتفاقا [٣] .

---

(١) البدائع : ٦ ص ٥٧ ، ٧٦ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٨ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، المبسوط : ١١ ص ١٥٤ ومابعدها ، رد المحتار : ٣ ص ٣٨٠ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٢ ، المغني : ٥ ص ١١ .

(٢) رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي عبيدة عن عبد الله ، قال ابن تيمية في « منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار » عن هذا الحديث : « وهو حجة في شركة الأبدان وتملك المباحات (راجع جامع الأصول : ٦ ص ١٠٨ ، نيل الأوطار : ٥ ص ٢٦٥)

(٣) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٢ ، فتح القدير : ٥ ص ٣١ .

المطلب الثاني

شرائط شركة العقود

اشترط علماء الحنفية شروطاً في شركات العقود ، منها ماهو عام لكل أنواع شركة العقود ، ومنها ماهو خاص .

الشروط العامة في شركات العقود :

يشترط لصحة شركات العقود شرائط هي [1] :

١ – أهلية الوكالة : وهي أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلاً للوكالة ، لأن من حكم الشركة ثبوت الاشتراك في الربح المستفاد بالتجارة ، ولا يصير المستفاد بالتجارة مشتركاً بينهما ، إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في بعض أموال الشركة ، وعاملاً لنفسه في البعض الآخر ، فالشركة تتطلب أن يأذن كل شريك لصاحبه في التصرف بالشراء والبيع وتقبل الاعمال ، والوكيل هو المتصرف بإذن غيره .

٢ – أن يكون الربح معلوم القدر : فإن كان مجهولاً تفسد الشركة .

٣ – أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة لا معيناً : فإن عينا ربحاً معيناً لأحدهما كعشرة أو مائة كانت الشركة فاسدة ، لأن العقد

---

(١) راجع فتح القدير مع العناية: ٥ص ٥ ومابعدها ، البدائع : ٦ ص ٥٨ ومابعدها.

يقتضي تحقق الاشتراك في الربح ، ومن الجائز ألا يتحقق الربح إلا في القدر المعين لاحد الشريكين ، فكان التعيين منافياً لمقتضى عقد الشركة .

الشروط الخاصة بشركة الأموال :

يشترط في شركات الاموال شروط خاصة بها سواء أكانت الشركة عناناً أو مفاوضة ، وهي [١] :

١ — أن يكون رأس مال الشركة عيناً ، حاضراً إما عند العقد أو عند الشراء : فلا يجوز أن يكون رأس المال ديناً ولا مالاً غائباً ، لان المقصود من الشركة الربح ، وذلك بواسطة التصرف ، والتصرف لايمكن في الدين ولا في المال الغائب ، فلا يتحقق المقصود من الشركة ، ولأن المدين ربما لايدفع الدين ، وقد لايحضر المال الغائب .

وعلى هذا : لو دفع إنسان لآخر ألف درهم ، وقال له : أخرج مثلها ، واشتر بها وبع ، فما ربحت يكون بيننا ، فأخرج ألفاً واشترى بها ، جاز ، وإذن فالمهم هو حضور المال عند الشراء ، ولا يشترط عند العقد ، لأن الشركة تتم بالشراء ، فيعتبر الحضور عند ذاك .

هل يشترط خلط المالين ؟

قال الجمهور وهم الحنفية والمالكيةوالحنابلة : لايشترط خلط المالين ، لأن الشركة يتحقق معناها بالعقد لا بالمال ، فلا يشترط خلط المال كالمضاربة ، ولأن الشركة عقد على التصرف ، ففيها معنى الوكالة ، والوكالة جائزة في المالين قبل خلطها ، فتجوز الشركة كذلك [٢] فان

---

(١) البدائع : ٦ ص ٥٩ ومابعدها .

(٢) مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، فتح القدير : ٥ ص٢٤ ، البدائع : ٦ ص٦٠، المبسوط : ١١ ص ١٧٧ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٠ ، المغني : ٥ ص ١٦ .

الشركاء إذا صرحوا بأن يشتري أحدهم بهذه الدراهم ، والآخر بهذه الدنانير على أن المشترى بينهما صح .

إلا أن المالكية قالوا : إن عدم اشتراط اختلاط المالين لايعني عزلهما من كل الوجوه ، بل لابد أن يكون الخلط إما حساً أو حكماً مثل أن يكون المالان في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما .

وقال زفر والشافعية : يشترط خلط المالين بحيث لايتميز أحدهما عن الآخر ، ولا بد من كون الخلط قبل العقد : فإن وقع بعده لم يكف في الأصح ، لأن الشركة تعني الاختلاط ، والاختلاط لايتحقق مع تميز المالين ، فلا يتحقق معنى الشركة ، ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالين ، وإذا هلك أحد المالين قبل الخلط يهلك على صاحبه خاصة ، وهذا ليس من مقتضى الشركة [١] .

ويترتب على هذا الخلاف أن الشركة تصح عند الجمهور إذا كان المالان من جنسين مختلفين كدراهم ودنانير ، أو من جنس واحد لكن بصفتين مختلفتين كحنطة جديدة وحنطة عتيقة ، أو بيضاء وسوداء ، أو بيضاء وحمراء ، إذ لايشترط خلط المالين .

ولا يصح ذلك عند الشافعية وزفر لإمكان التمييز وإن كان فيه عسر لأنه يشترط خلط المالين ، وذلك لايتحقق في مختلفي الجنس أو الصفة .

قال ابن رشد المالكي : « والفقه أن بالاختلاط يكون عمل الشريكين أفضل وأتم ، لأن النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه » [٢] .

٢ ـ أن يكون رأس مال الشركة أثمانا مطلقة [٣] أي نقداً وهي

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٣ ، المهذب : ١ ص ٣٤٥ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٠ .

(٣) وهي التي لاتتعين بالتعيين .

الدراهم والدنانير في الماضي ، والنقود المتداولة الآن . وهذا الشرط عند جمهور العلماء [١] فلا تجوز الشركة في العروض أي (الأمتعة) لأنها ليست من ذوات الأمثال ، وإنما هي من ذوات القيمة التي تختلف باختلاف أعيانها ، والشركة فيها تؤدي إلى جهالة الربح عند قسمة مال الشركة ، لأن رأس المال يتكون من قيمة العروض لاعينها ، والقيمة مجهولة ، لأنها تعرف بالحزر والظن ، فيصير الربح مجهولاً ، فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة . ثم إن الشركة تتضمن الوكالة ، والوكالة لاتصح في العروض ، فلو قال شخص لغيره : بع عرضك (أي متاعك) على أن يكون ثمنه بيننا لايجوز ، أما لو قال : اشتر بألف درهم من مالك على أن ما اشتريته يكون بيننا ، وأنا أشتري بألف درهم من مالي على أن ماأشتري يكون بيننا جاز ذلك ، لأن الشركة تكون في النقود .

وقال الإمام مالك : لايشترط كون رأس مال الشركة نقداً ، وإنما تصح الشركة في الدراهم والدنانير ، كما تصح في العروض سواء اتفقا جنساً أو اختلفا ، وتعتبر الشركة في العروض مقدرة بقيمتها ، ودليله أن الشركة عقدت على رأس مال معلوم ، فأشبه النقود [٢] .

ويترتب على هذا الشرط عند الحنفية في رواية ، وعند الحنابلة : أنه لاتصح الشركة في **التبر** (أي مالم يضرب من الذهب والفضة) والنقرة (أي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة) بناء على أنه كالعروض .

أما في الرواية الأخرى عند الحنفية فتجوز الشركة فيه ، لأنه كالأثمان

---

(١) البدائع : ٦ ص ٥٩ ، فتح القدير : ٥ ص ١٤ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣١٦ ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، المبسوط : ١١ ص ١٥٩ ومابعدها ، مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٣ ، المغني : ٥ ص ١٣ ومابعدها ، المهذب : ١ ص ٣٤٥ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٢ .

(٢) الشرح الكبير : ٣ ص ٣٤٩ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٤٩ .

المطلقة ، والمدار على تعامل الناس بـه ، فإذا تعاملوا به فحكمه حكم النقود ، وإن لم يتعاملوا به فحكمه حكم العروض . وأما الشافعية فقد أجازوا الشركة فيه ، لأنهم اعتبروه من المثليات [١] .

وأما **الفلوس** [٢] : فلا تجوز الشركة فيها في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنها إذا كانت كاسدة فهي كالعروض ، وإن كانت نافقة (أي رائجة) فهي ليست أثماناً مطلقة عندهما (أي لا تلازمها صفة الثمنية) لأنها تتعين بالتعيين في الجملة ، وتصير مبيعاً باصطلاح العاقدين . وإذا لم تكن أثماناً مطلقة لاحتمالها التعيين بالجملة في عقود المعاوضات لم تصلح رأس مال الشركة كسائر العروض ، وهذا هو رأي الشافعية والحنابلة وابن القاسم من المالكية ، لأنها تنفق مرة وتكسد مرة أخرى فأشبهت العروض .

وقال محمد : يصح أن تكون الفلوس الرائجة رأس مال الشركة ، لأنها بحسب الأصل عنده تعتبر من الأثمان المطلقة ، لان الثمنية لازمة لها [٣] .

وأما المكيل والموزون والعددي المتقارب كالجوز والبيض فتصح الشركة فيها عند الشافعية والمالكية ، لأن الشافعية اعتبروها من المثليات فتصح الشركة فيها على الأظهر عندهم ، لأن المكيل أو الموزون إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييز بينها ، فأشبه النقدين . وأما المالكية فأجازوا الشركة فيها باعتبار قيمتها عند الخلط ، لا قيمتها عند البيع ، كما في العروض

---

(١) المراجع السابقة عند الحنفية .

(٢) الفلوس جمع فلس وهو قطعة مضروبة من النحاس كان يتعامل بها .

(٣) البدائع : ٦ ص ٥٩ ، المغني : ٥ ص ١٥ ، المبسوط للسرخسي : ١١ ص ١٦٠ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٢ .

لان خلط الطعامين مثلًا يجعل من المتعذر فصلهما بخـــلاف العروض فإنه يمكن تمييز كل عرض عن غيره [١] .

وقال الحنابلة : لاتجوز الشركة في ظاهر المذهب في المكيل والموزون والعدديات المتقاربة كما لاتجوز في سائر العروض [٢] .

وقال الحنفية : لاتجوز الشركة في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة قبل الخلط ، لانها إنما تتعيين بالتعيين إذا كانت عيناً ، فكانت كالعروض ، فهي ليست أثمانا مطلقة ، مع العلم بأن شرط جواز الشركة أن يكون رأس المال مما لايتعين بالتعيين ، فلو قال شخص لغيره : بع حنطتك على أن يكون ثمنها بيننا لم يجز ، وأما بعد الخلط : فإن كانت الشركة في جنسين مختلفين فلا تجوز ، وإن كانت من جنس واحد فلا تصح أيضاً عند أبي يوسف ، وإنما تصير شركة أملاك .

وقال محمد : تصح الشركة فيها بعد الخلط .

وتظهر فائدة الخلاف عند التساوي في المالين واشتراط التفاضل في الربح بأن كان المكيل نصفين بين شريكين ، ولكنهما شرطا أن يكون الربح أثلاثا ، فخلطاه ، واشتريا بـه ، فعلى قول أبي يوسف : يكون الربح بينهما على قدر المالين نصفين . وعلى قول محمد : يكون الربح بحسب ماشرطا .

وجه قول أبي يوسف : هو أنه متمشٍ مع الاصل الذي بنى عليـه الحنفية عدم جواز الشركة في المكيلات والموزونات ونحوها قبل الخلط :

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٣ ، الشرح الكبير : ٣ ص ٣٤٩ .
(٢) المغني : ٥ ص ١٣ ومابعدها .

وهو أنها ليست أثماناً مطلقة على كل حال ، بل قد تكون تارة ثمناً ، وتارة مبيعاً لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس ، وشرط جواز الشركة أن لايكون رأس المال مما يتعين بالتعيين .

ووجه قول محمد : هو أن معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت في هذه الاشياء بعد الخلط ، فأشبهت الدراهم والدنانير ، بخلاف ماقبل الخلط ، لان الوكالة التي هي من مقتضيات الشركة لاتصح في هذه الاشياء قبل الخلط .

والحيلة عند أبي يوسف في جواز الشركة بهذه الأشياء : أن يخلط المالان حتى تصير شركة ملك بينهما ، ثم يعقدا عليها عقد الشركة [١] .

الشروط الخاصة بشركة المفاوضة :

اشترط الحنفية شروطاً خاصة بشركة المفاوضة وهي [٢] :

١ — أن يكون لكل من الشريكين أهلية الكفالة : بأن يكونا حرين عاقلين ، لان من أحكام المفاوضة أن مايلزم أحدهما من الحقوق والواجبات فيما يتجران فيه يلزم الآخر ، ويكون كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه ، كما أنه يكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل .

٢ — المساواة في رأس المال قدراً وقيمة في الرواية المشهورة : فلو كان المالان متفاضلين قدراً لم تكن مفاوضة ، لأن المفاوضة تنبيء عن المساواة ، فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن ، وإذا كان المالان

---

(١) انظر البدائع : ٦ ص ٦٠ ، فتح القدير : ٥ ص ١٦ ، المبسوط : ١١ ص ١٦١ ومابعدها .

(٢) انظر البدائع : ٦ ص ٦٠ ومابعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٣ ص ٣٦٩ ومابعدها .

متفاضلين قيمة في الرواية المشهورة ، كأن تفاضل النقدان في قيمة الصرف لم تجز المفاوضة ، لأن زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن ، فلا تثبت المساواة التي هي من مقتضى العقد .

٣ — أن يكون كل ماتصح فيه الشركة لأحد المتفاوضين داخلًا في الشركة : فإن لم يكن داخلًا في الشركة لم تكن مفاوضة ، لأن ذلك يتنافى مع مبدأ المساواة . أما مالا تصلح فيه المفاوضة كالعروض والعقارات والديون والأموال الغائبة ، فلا تلزم المشاركة فيه كالتفاضل في الزوجات والأولاد .

٤ — المساواة في الربح في المفاوضة : فإن شرطا التفاضل في الربح لم تكن مفاوضة لعدم المساواة .

٥ — أن تكون المفاوضة في جميع التجارات : فلا يختص أحد الشريكين بتجارة دون شريكه ، لأن في الاختصاص إبطالاً لمعنى المفاوضة : وهو المساواة . وعلى هذا : يفهم سبب اشتراط أبي حنيفة ومحمد أن تكون المفاوضة بين مسلمين ، فلا تصح بين مسلم وكافر ، لأن الكافر الذمي مثلًا يختص بتجارة لاتجوز للمسلم : وهي تجارة الخمر والخنزير .

وقال أبو يوسف : تجوز المفاوضة بين مسلم وكافر ، لاستوائهما في أهلية الوكالة والكفالة .

٦ — أن تكون الشركة بلفظ المفاوضة : لأن للمفاوضة شرائط لايجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها .

هذه هي شروط شركة المفاوضة ، فإذا فقد شرط منها انقلبت الشركة عنانًا ، **لأن شركة العنان** لاتتطلب هذه الشروط [1] .

(١) البدائع : ٦ ص ٦٢ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٣ .

فلا يشترط في شركة العنان أهلية الكفالة ، فتصح ممن لاتصح منه الكفالة ، كالصبي المأذون بالتجارة ، ولا المساواة في رأس المال : فتجوز مع تفاضل الشريكين في رأس المال ، وأن يكون لأحدهما مال آخر لم يدخل في عقد الشركة .

ولا يشترط أن تكون في عموم التجارات ، فتجوز أن تكون عامة أو خاصة ببعض أنواع التجارة كالحبوب والأقمشة والحديد ونحو ذلك ، كما أنها تجوز بين المسلم والذمي ، لأنه لاتشترط المساواة في شركة العنان .

كما لايشترط التساوي في الربح ، فيجوز تفاضلهما وتساويهما فيه .

شروط شركة الأعمال :

إذا كانت شركة الأعمال مفاوضة : فيشترط فيها شرائط المفاوضة السابق ذكرها ، مثل أهلية الكفالة ، والتساوي في الأجر ، ومراعاة لفظ المفاوضة .

أما إذا كانت الشركة عناناً : فلا يشترط لها شيء من شروط المفاوضة وإنما تشترط أهلية التوكيل فقط . قال أبو حنيفة : ماتجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة ، وما لاتجوز فيه الوكالة لاتجوز فيه الشركة (١) .

شروط شركة الوجوه :

إذا كانت شركة الوجوه مفاوضة : فيشترط أن يكون الشريكان من أهل الكفالة ، وأن يلتزم كل منهما بنصف ثمن الشيء المشترى ، وأن يكون المشترى بينهما نصفين ، وأن يكون الربح بينهما نصفين ، وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة ، لأن هذه الشركة قائمة على المساواة التامة بين الشريكين .

---

(١) البدائع : ٦ ص ٦٣ .

وأما إذا كانت الشركة عناناً : فلا تشترط الشروط المذكورة في المفاوضة ، فيصح تفاضلها في ذلك المشترى ، ويكون التزامها بثمن المشترى على قدر ملكيها ، كما يكون الربح بينهما على قدر تحملها ثمن المشترى ، فإذا شرط لأحدهما زيادة ربح على حصته يكون الشرط باطلاً ، لأن الربح يتقدر بقدر ضمانها ثمن المشترى[1] .

(١) البدائع ، المرجع السابق : ٦٥ .

المطلب الثالث

احكام شركة العقود

شركة العقود إما أن تكون صحيحة أو فاسدة .

فإن كانت فاسدة : وهي التي اختل فيها شرط من شرائط الصحة السابق ذكرها ، فلا تفيد شيئاً مما سنذكره في أحكام الشركة الصحيحة [١] .

وعلى الجملة قال الحنفية والشافعية والحنابلة : إن فسدت الشركة يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ، ويرجع كل شريك على الآخر بأجرة عمله في ماله ، لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد [٢] .

وأما الشركة الصحيحة : وهي التي استوفت شروط صحتها ، فيعرف حكمها بحسب كل نوع من أنواع الشركة ، كما يتبين مما يأتي .

أحكام شركة العنان في الأموال :

شرط العمل : يجوز في شركة العنان أن يشترط الشريكان العمل عليهما أو على أحدهما دون الآخر ، كأن يشتركا على أن يبيعا ويشتريا على أن ما رزق الله من ذلك فهو بينهما على شرط كذا ، أو أن يبيع ويشتري أحدهما دون الآخر .

توزيع الربح : وأما الربح فيكون على قدر رأس المال متساوياً أو متفاضلاً

---

(١) البدائع : ٦ ص ٧٧ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٢١٥ ، المغني : ٥ ص ١٧ ، فتح القدير : ٥ ص ٣٣ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٢٣ .

فإن كان رأس المال متساوياً بينهما (أي مناصفة) يكون الربح بينهما متساوياً ، سواء شرط العمل عليهما أو على أحدهما ، لأن استحقاق الربح عند الحنفية إما بالمال أو بالعمل أو بالتزام الضمان ، وقد وجد التساوي في رأس المال ، فينبغي التساوي في الربح .

ويصح أيضاً عند الحنفية ماعدا زفر أن يتفاضل الشريكان في الربح حالة التساوي في رأس المال بشرط أن يكون العمل عليهما أو على الذي شرط له زيادة الربح ، لأن الربح كما قلنا يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان ، وزيادة الربح في هذه الحالة كانت بسبب زيادة العمل ، لأنه قد يكون أحد الشريكين أحذق وأهدى وأكثر عملاً وأقوى ، فيستحق زيادة ربح على حساب شريكه ، وقد روي عن الرسول عليه السلام أنه قال : « الربح على ماشرطا ، والوضيعة على قدر المالين » [١] .

فإن شرط العمل على أقلهما ربحاً : فلا تجوز الشركة ، لأنه شرط لأحد الشريكين زيادة ربح بغير عمل ولا ضمان ، والربح لايستحق إلا بمال أو عمل أو ضمان . وكذلك لاتصح الشركة إذا شرط جميع الربح لأحد الشريكين ، ويلاحظ أنه ليس المراد بالعمل وجوده ، وإنما يكفي شرط العمل [٢] .

ورأي الحنابلة كالحنفية : يجوز أن يتفاضل الشريكان في الربح [٣] .

---

(١) اي الخسارة في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله . قال الحافظ الزيلعي عن هذا الحديث : غريب جداً (أي لا أصل له) ويوجد في بعض كتب الأصحاب منقول علي (راجع نصب الراية : ٣ ص ٤٧٥) .

(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢١ ، البدائع : ٦ ص ٦٢ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣١٨ .

(٣) المغني : ٥ ص ٢٧ .

وقال المالكية والشافعية : يشترط لصحة شركة العنان أن يكون الربح والخسران على قدر المالين ، لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما فكانا على قدر المالين : أي أن الربح يشبه الخسران ، فكما أنه لو اشترط أحد الشريكين أن يتحمل فقط جزءاً من الخسران لم يجز ، كذلك إذا اشترط جزءاً من الربح زائداً عن رأس ماله لايجوز ،فكان الربح والخسران تابعين للمال . ويترتب على ذلك أنه لو شرط الشريكان التفاضل في الربح والخسران مع تساوي المالين ، أو التساوي في الربح أو الخسران مع تفاضل المالين لم يصح العقد ، لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة ، فلم يصح ، كما لو شرط أن يكون الربح لأحدهما [١] .

هلاك مال الشركة : وإذا هلك مال الشركة أو أحد المالين قبل الشراء وقبل الخلط ، بطلت الشركة ؛ لأن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال ، وقد تعينت الشركة فيه ،وإذا هلك المعقود عليه يبطل العقد ، كما في البيع ... هذا إذا هلك المالان . وأما بطلان العقد حال هلاك أحد المالين ، فلأن الشريك الذي لم يهلك ماله ، ما رضي بشركة صاحبه في ماله إلا ليشركه في ماله ، فإذا فات ذلك لم يكن راضياً بشركته ، فيبطل العقد لعدم فائدته ، وأي مال هلك يهلك من مال صاحبه . وهذا بخلاف مابعد الخلط حيث يهلك على الشركة .

وإن اشترى أحد الشريكين بماله ، وهلك مال الآخر بعد الشراء ، فيكون مااشتراه بينهما ، لأنه اشتراه حالة قيام الشركة ، فيصبح مملوكاً للشريكين ، فهلاك المال بعد ذلك لايغير حكم المالك ، وإذا وقع المشترى على الشركة يرجع الشريك على شريكه بحصته من الثمن ، لأنه اشترى نصفه بوكالته ، ونقد الثمن من مال نفسه [٢] .

---

(١) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص٢١٦ ، المهذب : ١ ص٣٤٦.
(٢) فتح القدير : ٥ ص ٢٣ ، المبسوط : ١١ ص ١٦٧ .

التصرف بمال الشركة : ولكل واحد من شريكي العنان أن يبيع مال الشركة ، لأنهما بعقد الشركة أذن كل واحـــد لصاحبه ببيع مال الشركة ، ولأن الشركة تتضمن الوكالة ، فيصير كل واحد من الشريكين وكيلاً عن صاحبه بالبيع .

ولكل شريك أن يبيع مال الشركة بالنقد والنسيئة (أي بالدفع حالاً أو مؤجلاً) لأنه وجد الإذن بالبيع مطلقاً بمقتضى الشركة ، ولأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة .

وللشريك أن يبيع بقليل الثمن وكثيره إلا بما يتغابن الناس في مثله لأن المقصود من العقد وهو الاسترباح لايحصل به ، فكان مستثنى من العقد دلالة .

وللشريك أيضاً أن يشتري بالنقد وبالنسيئة إذا كان في يـــده نقود « دراهم أو دنانير » أو مكيل أو موزون ، فاشترى بالدراهم والدنانير شيئاً نسيئة ، أو اشترى بالمكيل أو الموزون شيئاً نسيئة ؛ لأن الشريك وكيل بالشراء ، والوكيل بالشراء يملك الشراء بالنسيئة .

فإن لم يكن في يده دراهم ولا دنانير وصار رأس مال الشركة كله أعياناً وأمتعة ، فاشترى بدراهم أو بدنانير شيئاً نسيئة ، فيكون المشترى له خاصة دون شريكه ، لأنه لو صح في حق شريكه صار مستديناً على مال الشركة ، والشريك لايملك الاستدانة على مال الشركة من غير أن يؤذن له بذلك ، كالشريك المضارب ، لأنـه يصير رأس مال الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه ، فلا يجوز من غير رضاه [١] .

---

(١) البدائع : ٦ ص ٦٨ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٧ .

إبضاع مال الشركة : وللشريك أن يبضع [1] مال الشركة ، لأن الشركة تنعقد على عادة التجار ، والإبضاع من عاداتهم ، ولأن له أن يستأجر على العمل في البضاعة بأجر ، فيكون الإبضاع أولى ، إذ أن من يملك الأعلى يملك الأدنى ، وللشريك أيضاً أن يودع مال الشركة لأن الإيداع من عادة التجار ، ومن ضرورات التجارة أيضاً .

المضاربة بمال الشركة : وللشريك أن يدفع المال إلى شخص للمضاربة فيه ، وهو ظاهر الرواية والاصح ، لأن الشريك يملك أن يستأجر أجيراً يعمل في مال الشركة، فلأن يملك الدفع مضاربة أولى ، لأن الاجير يستحق الأجر ، سواء حصل في الشركة ربح أو لم يحصل ، والمضارب لا يستحق شيئاً بعمله إلا إذا كان في المضاربة ربح ، فلما ملك الاستئجار فلأن يملك الدفع مضاربة أولى .

التوكيل بالبيع : وللشريك أن يوكل بالبيع ، لأن التوكيل دون المضاربة ، كما له أن يوكل بالشراء ، لأن التوكيل بالبيع والشراء من أعمال التجارات ، لأن التاجر لا يمكنه مباشرة جميع التصرفات بنفسه ، فيحتاج إلى التوكيل ، فكان التوكيل من ضرورات التجارة .

الرهن والارتهان : وله أن يرهن متاعاً من الشركة بدين وجب بعقد مارسه وهو الشراء ، وأن يرتهن بما باعه ، لان الرهن إيفاء الدين ، والارتهان استيفاؤه ، وإنه يملك الإيفاء والاستيفاء .

---

(١) أي أن يدفع مالاً من الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا (الشرح الكبير للدردير : ٢ ص ٣٥٢ ، ٥٢١) قال ابن عابدين في رد المحتار : ٣ ص ٣٧٧ : في القاموس: الباضع: الشريك اهـ . والمراد هنا دفع المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال ولا شيء للعامل . وعرف الشافعية الإبضاع بتعريف أوضح مما سبق : وهو بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً . والبضاعة : المال المبعوث (راجع مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٢) .

الحوالة بثمن البضاعة : وله أن يقبل الحوالة بالثمن وأن يحيل ، لان الحوالة من أعمال التجارة ، لان التاجر يحتاج إليها لاختلاف الناس في الغنى والاعسار ، فكانت الحوالة وسيلة إلى الاستيفاء ، فكانت في معنى الرهن في التوثق للاستيفاء .

الالتزام بحقوق العقد : وكل مايتعلق بحقوق العقد من القبض وتسليم المبيع والخصومة [1] يلتزم بها الشريك الذي مارس العقد دون شريكه فلو باع أحدهما شيئاً لم يكن للآخر أن يقبض شيئاً من الثمن ،وكذلك كل دين لزم إنساناً بعقد مارسه أحدهما ليس للآخر قبضه ، وللمدين أن يمتنع عن دفعه إليه ، لان القبض من حقوق العقد ، وهي متعلقة بالعاقد ، وليس لأحد الشريكين أن يخاصم في أمر صدر من شريكه كبيع أو إدانة ، لان الخصومة من حقوق العقد ، وحقوق العقد تتعلق بالعاقد . ولو اشترى أحدهما شيئاً لايطالب الآخر بالثمن ، وليس للشريك قبض المبيع لما ذكرنا .

السفر بمال الشركة : وأما السفر بمال الشركة فيجوز عند أبي حنيفة ومحمد في أصح الروايات ، لان الإذن بالتصرف يثبت بمقتضى الشركة ، والشركة صدرت مطلقة عن المكان ، والمطلق يجري على إطلاقه إلا لدليل . وعند أبي يوسف : لايجوز له السفر ، لان السفر له خطر ، فلا يجوز في ملك الغير إلا بإذنه .

التبرع بمال الشركة : وليس لاحد الشريكين أن يهب شيئاً من مال الشركة ، لان ذلك تبرع ، وهو لايملك التبرع على شريكه ، كما ليس له أن يقرض شيئاً من مال الشركة ، لان القرض لاعوض له في الحال ،

---

(١) أي كل مايتعلق بالدعوى التي تثار لدى القضاء بسبب منازعة تنشأ من العقد .

فهو بمثابة التبرع ، وهو لايملك التبرع على شريكه [١] .

أحكام شركة المفاوضة في الأموال :

إن كل ماذكرناه من الاحكام مما يجوز لاحد شريكي العنان أن يفعله يجوز لاحد شريكي المفاوضة أن يفعله ، وإذا فعله فهو جائز على شريكه ، لان المفاوضة أعم من العنان ، وكذلك كل ما كان شرطاً لصحة العنان فهو شرط لصحة المفاوضة ، وكل مافسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة ، لان المفاوضة عنان وزيادة .

أما الاحكام الخاصة بشركة المفاوضة فهي ما يأتي [٢] :

١ — يختص شريك المفاوضة بأنه يجوز إقراره بالدين على نفسه وعلى شريكه ويطالب المقر له أيهما شاء ، لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر فيلزم المقر بإقراره ويلزم شريكه بكفالته .

٢ — ويختص أيضاً بأن كل ما وجب على كل واحد منهما من دين التجارة أو مافي معنى التجارة يجب على الآخر تحقيقاً للمساواة بينهما ، وذلك كالالتزامات الثابتة بسبب عقود التجارة كثمن المبيع في البيع الصحيح ، وقيمته في البيع الفاسد ، وأجرة الشيء المأجور ، أو مافي

---

(١) انظر هذه الاحكام التي ذكرناها في المبسوط : ١١ ص ١٧٤ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٢٠ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٥ومابعدها ، البدائع : ٦ ص ٦٨ — ٧٢ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٧ ومابعدها ، انظر أيضاً الشرح الكبير عند المالكية : ٢ ص٣٥٢ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٣ .

(٢) المبسوط : ١١ ص ٢٠٣ ومابعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، البدائع : ٦ ص ٧٢ ومابعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٩ ومابعدها ، رد المحتار : ٣ ص ٣٦٩ .

معنى التجارة كضمان الشيء المغصوب ، وضمان الودائع والعواري [١] بسبب مخالفة طلب المودع في كيفية الحفظ وضمان الاستهلاكات والاجارات والرهن والارتهان .

والسبب في التزام كل شريك بدين التجارة هو أنه دين بسبب الشركة لان من مقتضيات عقد الشركة وجود البيع أو التجارة ، وكل شريك منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه بسبب الشركة . وأما ضمان الغصب فلأنه في معنى ضمان التجارة ، لان تقرر الضمان فيه يفيد تملك الشيء المضمون ، فكان في معنى ضمان البيع . وأما المخالفة في الودائع والعواري والإجارات ونحوها فضمانها في معنى ضمان الغصب ، لانه من باب التعدي على مال الغير بغير إذن مالكه .

٣ — ويلتزم كل شريك بما يقوم به أحدهما من كفالة مالية عن شخص أجنبي عند أبي حنيفة ، لان الكفالة وإن كانت تبرعاً في مبدأ الامر ، فهي في النتيجة معاوضة لوجود معنى التمليك والتملك بين الكفيل والمكفول عنه ، فيرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل إذا كانت الكفالة بطلب منه .

وقال الصاحبان : الكفالة لاتلزم الشريك ، لانها تبرع بدليل أنها لاتصح من الصبي ، وتعتبر من ثلث التركة فقط إذا صدرت من الكفيل في حال مرضه .

٤ — ويطالب كل شريك بكل مايتعلق بحقوق عقد البيع والشراء فلو اشترى أحد الشريكين شيئاً يطالب الآخر بالثمن ، كما يطالب المشتري نفسه ، وله أن يقبض المبيع كما للمشتري نفسه ، وله أن يرد المبيع على

(١) جمع عارية .

البائع إذا وجد فيه عيباً ، وله حق المطالبة بالثمن عند استحقاق المبيع لغير البائع ، وله إقامة البينة عند حصول منازعة على شيء ، كما له أن يحلف الطرف المتنازع معه في حالة إنكاره العيب على عدم علمه به .

وأما أرش [١] الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن دم العمد فلا يؤاخذ بها الشريك ، لانها ليست متعلقة بالتجارة ولا بما في معنى التجارة ، لعدم وجود معنى معاوضة المال بالمال .

وكذلك كل مايشتريه أحد الشريكين من طعام لاهله أو كسوة أو ما لابد منه ، ويشمل شراء بيت للسكنى ، واستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره ، فذلك كله جائز ، وهو له خاصة استحسانا للضرورة ، لان ذلك مما لابد منه ، فكان مستثنى من المفاوضة ، لان المعلوم بدلالة الحال كالمشروط بالمقال . لكن للبائع أن يطالب بالثمن أي شريك شاء ، وإن وقع المشترى الذي اشتراه خاصة ، لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك ، وكل واحد من الشريكين كفيل عن الآخر ببدل مايجوز فيه الاشتراك ، إلا أنهم قالوا : إن الشريك يرجع على شريكه بما أدى بقدر حصته ، لانه قضى ديناً عليه من مال مشترك بينهما لا على وجه التبرع بإذنه دلالة .

ومقتضى القياس أن يكون ما اشتراه أحد الشريكين من الطعام والكسوة والإدام لاهله مشتركاً بينهما ، لان هذه من عقود التجارة فكانت من جنس ما يتناوله عقد الشركة .

أحكام شركة الوجوه :

الشريكان في شركة الوجوه مفاوضة أو عناناً فيما يجب لهما وما يجب

---

(١) أي دية الجراحات ، وقد سبق شرح ذلك .

عليها وما يجوز فيه فعل أحدهما على شريكه ومالا يجوز : هما بمنزلة شريكي العنان والمفاوضة في الأموال . فاذا أطلقا الشركة بينهما كانت شركة عنان ، لان الشركة المطلقة تقتضي العنان .

واذا اشتركا بوجوهها شركة مفاوضة فيجوز ، لانهما ضما الى الوكالة المطلقة الكفالة ، وذلك جائز ، إلا أنه لابد من التساوى فيما يتبايعانه ، لان المفاوضة تمنع من التفاضل [١] .

ويلاحظ أن الحنابلة وان أجازوا شركة الوجوه الا انهم قصروا ذلك على ما اذا كانت الشركة شركة عنان ، أمـــا اذا كانت الشركة شركة مفاوضة فلا تجوز عندهم مطلقا ، لانه عقد لم يرد الشرع بمثله ، لان فيه غررا فلم يصح كبيع الغرر . ووجه الغرر كما قلنا : أنه يلزم كل واحد مالزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لايقدر على القيام بـه .

أحكام شركة الأعمال :

اذا كانت شركة الاعمال مفاوضة بأن ذكر لفظ المفاوضة أو ماهو في معنى المفاوضة ، فيلزم كل شريك بما لزم صاحبه بسبب هذه الشركة ، ويطالب به ، ويجوز اقرار أحد الشريكين بالدين كثمن صابون أو أشنان أو أجر أجير اوحانوت على نفسه وعلى شريكه ، وللمقر له ان يطالب بالدين أي شريك شاء ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، فيلزم المقر بمقتضى إقراره ، والشريك بسبب كفالته [٢] .

ومثال شركة المفاوضة في الأعمال : أن يشترط صانعان مثلاً أن يتقبل كل منهما الاعمال ، وأن يضمنا جميعاً العمل على التساوي ، وأن

---

(١) راجع البدائع : ٦ ص ٧٧ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٨٢ .

(٢) البدائع : ٦ ص ٧٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٢١ .

يتساويا في الربح والخسارة (أي الوضيعة) ، وأن يكون كل واحد منهما كفيلًا عن صاحبه فيما لزمه بسبب هذه الشركة .

وإذا كانت شركة الاعمال عناناً فما يتقبله كل شريك من العمل يلزمه ويلزم شريكه [١] ، وهي تشبه شركة المفاوضة بالنسبة لضمان العمل استحساناً ، فلصاحب العمل أن يطالب بالعمل أيهما شاء لوجوبه على كل واحد منهما ، كما أنه لكل شريك أن يطالب صاحب العمل بكل الأجرة لأنه قد لزمه كل العمل ، فكان له المطالبة بكل الأجرة ، ويبرأ صاحب العمل بالدفع إلى أي شريك شاء .

وأما القياس : فلا يحق لصاحب العمل أن يطالب بالعمل أي شريك شاء ، كما أنه ليس للشريك الذي لم يتقبل العمل أن يطالب صاحب العمل بالاجرة ، ووجه ذلك ظاهر : وهو أن هذه الشركة هي شركة عنان ، لا شركة مفاوضة ، وحكم شركة العنان أن مايلزم كل شريك بعقده لايطالب به الآخر .

ووجه الاستحسان : أن هذه الشركة تقتضي وجوب العمل على كل واحد من الشريكين ، وإذا كانت كذلك كانت مقتضية وجوب ضمان العمل [٢] فكانت في معنى المفاوضة بالنسبة لوجوب الضمان عن الشريك الآخر ، ولكنها ليست مفاوضة حقيقية ، بدليل أن غير هذين الشيئين (وهما مطالبة كل واحد منهما بالعمل واقتضاء البدل) تطبق عليه أحكام شركة العنان . فإذا أقر أحد الشريكين بدين كثمن صابون أو أشنان صار مستهلكاً ، وإن أقر بأجر أجير أو حانوت بعد مضي مدة الإجارة ، فلا يصدق إقراره على صاحبه إلا بإقراره بنفسه أو بالبينة ، لأن نفاذ

---

(١) أي أنه يلزمه العمل معه فيه .

(٢) أي ضمان مايقبله صاحبه إن ادعى تلفه أي يشترك معه في ضمانه .

الإقرار على الآخر من مقتضيات المفاوضة ولم ينصا عليها ، فلو كان المشترى لم يستهلك أو المدة لم تمض ، فإنه يلزمها الدين بإقرار أحدهما ، بما يدل على أنه ليس لهذه الشركة حكم المفاوضة من جميع الأوجه، وإنما من ناحية حق وجوب العمل فقط .

أما اقتسام الربح في هذه الشركة فيكون بحسب الضمان لا بالعمل حقيقة :

فإذا عمل أحد الشريكين دون الآخر بأن مرض أو سافر فالأجر بينهما بحسب ما شرطا ، لان الاجر في هذه الشركة إنما يستحق بضمان العمل لا بالعمل ، لان العمل قد يكون من نفس الشريك ، وقد يكون من غيره كالخياط إذا استعان برجل على الخياطة ، فإنه يستحق الأجر ، وإن لم يعمل لوجود ضمان العمل منه ، ويكفي اشتراط العمل عليهما .

ويجوز في هذه الشركة شرط التفاضل في الكسب إذا شرط التفاضل في ضمان العمل بأن شرطا لأحدهما ثلثي الكسب وهو الأجر ، وللآخر الثلث ، وشرطا العمل عليهما أيضاً ، سواء عمل الذي شرط له الزيادة في الكسب أو لم يعمل ، لأن استحقاق الأجرة في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل .

وإذا كان استحقاق أصل الأجر بأصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق زيادة الأجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل ، فلو كان عمل الذي شرط له الاجر القليل أكثر جاز ذلك ، لأن الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل .

وأما الوضيعة « أي الخسارة » فهي أيضاً على قدر الضمان ، حتى إنه لو شرط الشريكان أن مايتقبلانه من أعمال : ثلثاه على أحدهما ، وثلثه على الآخر ، والخسارة بينهما نصفان ، كان هذا الشرط العائد للخسارة

باطلا ، والشركة جائزة على ما شرطا على كل واحد منها من ضمان العمل لان الربح إذا انقسم على قدر الضمان ، كانت الوضيعة على قدر الضمان أيضاً .

ولو جنت يد أحدهما فالضمان عليهما جميعاً ، لان ضمان الجناية مبني على ضمان العمل ، وهذا قد ضمناه جميعاً (١) .

---

(١) راجع البدائع : ٦ ص ٧٦ ومابعدها ، المبسوط : ١١ ص ١٠٧ ومابعدها ، فتح القدير : ٥ ص ٢٩ ومابعدها ، رد المحتار : ٣ ص ٣٨١ .

المطلب الرابع

صفة عقد الشركة

اتفق الفقهاء على أن عقد الشركة عقد جائز غير لازم [1] ، فيجوز لكل شريك أن يفسخ العقد ، إلا أن من شرط جواز الفسخ أن يكون بعلم الشريك الآخر ،لان الفسخ من غير علم الشريك إضرار به ، ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه ، وبما ان الشركة تتضمن الوكالة ، وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل ، فيشترط ذلك في الوكالة التي تضمنتها الشركة .

واتفق الفقهاء أيضا على أن يد الشريك في المال يد أمانة كالوديعة ، لانه قبض المال بإذن صاحبه ، لا لاجل أن يدفع ثمنه كما في المقبوض على سوم الشراء ، فإنه مقبوض لاجل أن يدفع الثمن ، ولا لاجل التوثق به كما في الرهن ، فإنه مقبوض لاجل التوثق بدينه . وبناء عليه فإنه إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن ، لانه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف ، فكان الهالك في يده كالهالك في يد شريكه . ويقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران وضياع بعض المال أو كله ، ولو من غير تجارة . ويضمن بالتعدي أو التقصير ، كما في سائر الامانات [2] .

---

(١) البدائع : ٦ ص ٧٧ ، المهذب : ١ ص ٣٤٨ ، المغني : ٥ ص ٢١ .

(٢) المبسوط : ١١ ص ١٥٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٢٠ ، فتح القدير : ٥ ص ٢٧ ، رد المحتار لابن عابدين : ٣ ص ٣٧٩ ، المهذب : ١ ص ٣٤٧ ، المغني : ٥ ص ١٨ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٥٣ .

المطلب الخامس

مبطلات عقد الشركة

هناك مبطلات تعم كل الشركات ، ومبطلات تخص بعضها دون بعض.

فأما المبطلات التي تعم الشركات كلها فهي [1] :

١ — فسخ الشركة من أحد الشريكين ، لأنه عقد جائز غير لازم ، كما عرفنا ، فكان محتملا للفسخ .

٢ — موت أحد الشريكين : فإذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة لبطلان الملك ، وزوال أهلية التصرف بالموت ،سواء علم الشريك الآخر بالموت أو لم يعلم ، لأن كل شريك وكيل عن صاحبه ، وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم ، لأن الموت عزل حكمي.

٣ — ارتداد أحد الشريكين ولحوقه بدار الحرب ، لأن ذلك بمنزلة الموت .

٤ — جنون الشريك جنونا مطبقا ، لأن بالجنون يخرج الوكيل عن الوكالة ، وقد عرفنا أن الشركة تتضمن الوكالة .

---

(١) البدائع : ٦ ص ٧٨ ، تبيين الحقائق : ٣ص ٣٢٣ ، فتح القدير : ٥ ص٣٤، مختصر الطحاوي : ص ١٠٨ ، المبسوط : ١١ ص ٢١٢ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٨٤ ، المهذب : ١ ص ٣٤٨ ، المغني : ٥ س ٢١ .

واما المبطلات التي تخص بعض الشركات دون بعض فهي (١) :

١ — هلاك مال الشركة كلـه أو مال أحد الشريكين قبل القيام بشراء شيء في شركة الأموال ، سواء أكان المالان من جنسين أو من جنس واحد قبل خلط المالين . والسبب في ذلك هو أن المعقود عليه في عقد الشركة هو المال ، والمال في الشركة يتعين بالتعيين ، وبهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في عقد البيع . هذا إذا هلك مال الشركة .

أما إذا هلك أحد مالي الشريكين ، فتبطل الشركة أيضا ، لأن الشريك لم يرض بشركة صاحبه إلا ليشركه في ماله ، فاذا هلك ماله لم يكن راضيا بشركته عند عقد الشركة ، فيبطل العقد لعدم فائدته . ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه ، لأنه إذا كان المال في يده ، فالأمر ظاهر ، وإذا كان في يد صاحبه فانه أمانة في يده كما عرفنا .

فان حصل الهلاك لمال شريك بعد خلطه بمال الشريك الآخر فانه يهلك على الشركة ، لأنه لايتميز عن غيره ، فيجعل الهلاك من المالين . وكذلك إن اشترى أحد الشريكين بماله ، وهلك مال الآخر بعد الشراء قبل أن يشتري به شيئا ، فان المشترى يكون بين الشريكين بحسب ماشرطا ، لأن تملك الشيء المشترى حين حدث أي (بالشراء) حدث مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء ،فلا يتغير حكم الشركة بهلاك مال الآخر بعد ذلك .

ثم الشركة الواقعة في هذا المشترى بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند الإمام محمد خلافا للحسن بن زياد ، فإنها شركة ملك عنده ، فلا ينعقد بيع أحدهما إلا في نصيبه ، لأن شركة العقد بطلت بهلاك المال

---

(١) المراجع السابقة ، فتح القدير : ٤ ص ٢٢ ، المبسوط : ١١ ص ١٦٤، ١٧٨، مختصر الطحاوي : ص ١٠٧ ، تبيين الحقائق : ٣ ص ٣١٩ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٥ .

كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر ، ولم يبق إلا حكم ذلك الشراء وهو الملك ، فكانت شركتهما في المتاع شركة ملك .

وعلى قول محمد : يجوز لاي منهما بيع كل المتاع ، وينفذ بيعه ، لان الشركة قد تمت في المشترى ، فلا تنتقض بهلاك المال بعد تمامها ، كما لو كان الهلاك بعد الشراء بالمالين جميعا .

واذا وقع المشترى على الشركة فيرجع المشتري على صاحبه بحصته من الثمن ، لانه اشترى نصفه له بوكالته ، ونقد الثمن من مال نفسه ، فيرجع عليه بحسابه ، وإن هلك مال أحد الشريكين ثم اشترى الآخر بماله الذي في يده ينظر : إن صرحا بالوكالة في عقد الشركة بأن نصا في العقد على أن « ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون مشتركا بيننا » فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا ، لان الشركة إن بطلت فالوكالة المصرح بها قائمة ، فتكون شركة ملك .

وإن لم يصرحا بالوكالة في العقد وذكرا مجرد الشركة كان المشترى للذي اشتراه خاصة ، لان الشركة لما بطلت بطل مافي ضمنها من الوكالة[١] .

٢ – عدم تحقق المساواة بين رأسي المال في شركة المفاوضة بعد وجودها في ابتداء العقد ؛ لأن وجود المساواة بين المالين في ابتداء العقد شرط في انعقاد هذا العقد على الصحة ، فيكون بقاء تلك المساواة شرطاً في بقاء هذه الشركة منعقدة ، لأنها شركة مفاوضة ، سواء في ابتداء العقد أو في أثناء بقائه .

ويترتب على هذا أنه إذا انعقدت شركة المفاوضة ، وكان رأس المال

---

(١) راجع فتح القدير : ٥ ص ٢٣ ومابعدها ، رد المحتار : ٣ ص ٣٧٦ .

متساوياً بين الشريكين ، ثم ورث أحدهما مالاً تصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير ، وصار ذلك في يده ، فتبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد .

وكذا لو ازداد أحد المالين على الآخر قبل الشراء بأن كان أحدهما دراهم ، والآخر دنانير ، فزادت قيمة أحدهما قبل الشراء بطلت المفاوضة .

المطلب السادس

الشركة الفاسدة

عرفنا حكم الشركة الفاسدة ، ونذكر هنا أنواع الشركة الفاسدة وهي :

أولا – الاشتراك في أعمال جميع المباحات التي تملك بالأخذ ، مثل الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش ، والاستقاء ، واجتناء الثمر ، وحفر الأرض لاستخراج المعادن .

فان اشترك اثنان في تلك الأعمال على أن ما أصابا من ذلك فهو بينهما ، فالشركة فاسدة ، ولكل واحد منهما ما أخذه ، لأن الشركة تتضمن معنى الوكالة ، والتوكيل في أخذ المال المباح باطل ، لأن أمر الموكل بأخذه غير صحيح ، لعدم ملكه وولايته ، والوكيل يملك أخذ المباح بدون توكيل ، فلا يصلح الوكيل نائباً عن الموكل في ذلك ، لأن التوكيل إثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل ، وهذا غير متحقق ههنا ، فإذا لم تثبت الوكالة لم تثبت الشركة .

وإذا كانت الشركة في ذلك فاسدة ، فيثبت الملك لكل واحد منهما بالأخذ ، وإحراز المباح ، ثم ينظر :

آ – إن أخذاه جميعاً معاً ، فهو بينهما نصفان ، لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، فيستويان في الاستحقاق .

ب – وإن أخذ كل واحد منهما شيئاً من ذلك على الانفراد كان

المأخوذ ملكاً له ، لأن سبب ثبوت الملك في المباحات هو الأخذ والاستيلاء وكل واحد منهما انفرد بالأخذ والاستيلاء فينفرد بالملك .

جـ — وإن أخذ كل واحد منهما شيئاً على الانفراد ، ثم خاطاه ، وباعاه : فإن كان مما يكال أو يوزن يقسم الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن الذي لكل واحد منهما . وإن كان مما لايكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة ، فيأخذ كل واحد منهما بقيمة الذي له ، لأن المكيل والموزون من الاشياء المتماثلة ، فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن ، أما غير المكيل والموزون من الأشياء المتفاوتة ، فلا تمكن قسمة الثمن بينهما بحسب العين ، فيقسم بحسب القيمة .

وإن لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق كل واحد منهما فيما يدعيه إلى النصف من ذلك ، مع اليمين على دعوى صاحبه . فإن ادعى أكثر من النصف لا يقبل قوله إلا ببينة .

د — وإن عمل أحدهما وأعانه الآخر في عمله ، بأن قلعه أحدهما وجمعه الآخر ، أو قلعه وجمعه أحدهما وحمله الآخر ، فذلك كله للعامل وللمعين أجر المثل بالغاً ما بلغ عند الإمام محمد وهو المختار ، لأن المسمى مجهول ، إذ لم يدر أي نوع من الحطب يصيبان ، وأي قدر منه يجمعان ، ولا يدريان أيضاً هل يصيبان شيئاً أولا ، والرضا بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة ، وصار مستوفياً منافعه بعقد فاسد، فله أجر مثله بالغا ما بلغ .

وقال أبو يوسف : له أجر مثله على أن لا يجاوز به نصف المسمى أو قيمته أي (نصف ذلك الشيء الذي أعانه فيه أو قيمته) ، لأنه رضي بنصف مجموع ما سيأخذانه . وقاس ذلك على سائر الإجارات الفاسدة ،

لأنه لا يزاد على المسمى هناك ، كذا الامر هنا،والجامع بينهما : أنه رضي بأنه لا يكون له زيادة على المسمى ، فلا يستحق الزيادة ، وصار ذلك كمن قال لرجل : « بع هذا الثوب على أن لك نصف ثمنه فباعه » كان له أجر المثل لا يجاوز به نصف ذلك الثمن [١] .

ثانياً — من أنواع الشركات الفاسدة أن يكون لأحد الشريكين بغل وللآخر حمار مثلا ، فيشترك اثنان على أن يؤجرا ذلك ، فما رزق الله من شيء يكون بينهما ، فأجراهما جميعاً بأجز معلوم وحمل معلوم ، فهذه الشركة فاسدة ، لأن الشركة متضمنة معنى الوكالة ، والوكالة على هذا الوجه لا تصح ، لأن كل واحد منهما في المعنى موكل لصاحبه بأن يؤجر دابته ليكون نصف الأجر له ، وهذا التوكيل باطل ، كما إذا قال لرجل : (آجر بعيرك على أن أجره بيننا) فإن ذلك فاسد ، فكذا الشركة ؛ لأن الوكالة والشركة يشتركان في معنى واحد وهو أن التوكيل إنما يعتبر فيما لا يملك الوكيل مباشرته قبل التوكيل ، والمالك يبيع دابته ويؤجرها قبل التوكيل .

غير أنه إذا فسدت الشركة فالإجارة صحيحة ، لوقوعها على منافع معلومة ببدل معلوم ، فيقسمان ما أخذا من الأجر على قدر مثل أجر البغل وأجر الحمار [٢] .

ويمكن استبدال هذا المثال بسيارتين حمولتها مختلفة ، فلا يصح لصاحبي

---

(١) تبيين الحقائق : ٣ ص ٣٢٣ ، فتح القدير : ٥ ص ٣١ ومابعدها ، البدائع : ٦ ص ٦٣ ومابعدها ، المبسوط : ١١ ص ٢١٦ ، ومابعدها ، رد المحتار : ٣ ص ٣٨٢ .

(٢) انظر في هذا النوع وماسيأتي : تحفة الفقهاء ، الطبعة الأولى : ٣ ص ١٩ ومابعدها ، المبسوط : ١١ ص ١٧٠ ، ٢١٨ومابعدها ، رد المحتار: ٣ ص ٣٨٣-٣٨٥.

هاتين السيارتين الاشتراك من أجل قسمة الربح الناتج من الحمولة من طريق إجارة السيارتين للناس .

ثالثاً ــ من أنواع الشركة الفاسدة أن يدفع شخص إلى رجل دابة ليؤجرها على أن الأجر بينهما ، فتكون الشركة فاسدة ، والأجر كله أي (الربح) لصاحب الدابة ، لأن المدفوع إليه هو وكيله في إجارتها ، وإجارة الوكيل كإجارة الموكل . ومثل ذلك إيجار السفينة أو الدار .

وسبب الفساد هو أن العقد ورد على ملك الغير بإذنه ، وإذا فسد العقد وجب للذي أجرها أي (العامل) أجر المثل ، لأنه ابتغى عن منافع الدابة عوضاً ، ولم ينل ذلك لفساد العقد ، فكان له أجر مثله .

رابعاً ــ من أنواع الشركة الفاسدة أيضاً أن يشتري رجل شيئاً ، فيقول له آخر : « أشركني فيه » فهذا بمنزلة البيع والشراء بمثل ما اشترى في النصف ، فإن تم ذلك قبل أن يقبض المشتري الأول المبيع لم يجز الإشراك ، لأن الإشراك والتولية كما عرفنا في عقود البيع لا يجوزان قبل القبض ، ويكون العقد فاسداً ، لأنه بيع لمبيع منقول قبل القبض ، وذلك لا يجوز كما عرفنا سابقاً .

فإن كان ذلك بعد القبض جاز ، ويُلزمُ المشتري الشريك نصف الثمن ، فإن كان الشريك لا يعلم بمقدار الثمن فهو بالخيار إذا علم : إن شاء أخذ حصته من المبيع وإن شاء تركه .

ولو اشترى رجلان فرساً فأشركا فيها رجلاً بعد القبض فمقتضى القياس : أن يكون للشريك النصف ، لأن كل واحد منهما لو أشركه في نصيبه على الانفراد استحق نصفه ، فكذا إذا أشركاه جميعاً معاً .

ومقتضى الاستحسان : أن يكون للشريك الثلث ، لأن الشركة تقتضي المساواة ، فإذا قالا لذلك الرجل : « أشركناك في الفرس » فكأنهما قالا : « شاركناك » .

فإن أشركه أحدهما في نصيبه ونصيب صاحبه ، فأجاز شريكه ذلك كان للشريك الجديد النصف ، وللأولين النصف ، لأنه لما أجاز شريكه في نصيبه صار نصف نصيبه له ، وقد أشركه في نصيب نفسه هذا ، فيكون مجموع ما استحقه الشريك الجديد هو النصف ، وبقي لكل واحد منهما الربع .

وكل شركة فاسدة يقسم الربح فيها على قدر رأس المال ، ويبطل شرط التفاضل [١] كما عرفنا في حكم الشركة .

---

(١) فتح القدير : ٥ ص ٣٣ ، رد المحتار : ٣ ص ٣٨٣ .

شركة المضاربة

المضاربة أو القراض من أنواع الشركات . وهي في لغة أهل الحجاز تسمى قراضاً ، وهو مشتق من القرض وهو القطع ، لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ويعطيه قطعة من الربح، أو مشتق من المقارضة : وهي المساواة لتساويهما في الربح ، أو لأن المال من المالك والعمل من العامل .

وأهل العراق يسمون القراض مضاربة ، لأن كلًا من العاقدين يضرب بسهم في الربح ، ولأن العامل يحتاج إلى السفر ، والسفر يسمى ضرباً في الأرض [١] .

وسنتكلم عن هذا العقد في المطالب الآتية :

المطلب الأول – تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة عقدها.

المطلب الثاني – شرائط المضاربة .

المطلب الثالث – أحكام المضاربة .

المطلب الرابع – حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب .

المطلب الخامس – مبطلات المضاربة

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٠٩ ، تكملة فتح القدير: ٧ ص ٥٧ ومابعدها ،المبسوط: ٢٢ ص ١٨ ، تبيين الحقائق للزيلعي: ٥ ص ٥٢ ، رد المحتار على الدر المختار: ٤ ص ٥٠٤ .

المطلب الأول

تعريف المضاربة ومشروعيتها وركنها وصفة عقدها

تعريف المضاربة : المضاربة : هي أن يدفع المالك إلى العامل مالاً ليتجر فيه ، ويكون الربح مشتركاً بينهما بحسب ما شرطا [1] . وعرفها صاحب الكنز بقوله : هي شركة بمال من جانب ، وعمل من جانب .

ومحترزات التعريف الأول : هي أنه بكلمة « يدفع » : تبين أن المضاربة لا تصح على منفعة كسكنى الدار ، وأنها لا تصح على دين ، سواء أكان على العامل أم على غيره . وبكلمة « الربح مشتركاً » تبين أن الوكيل لا يعتبر مضارباً . والسبب في اشتراك العاقدين في الربح : هو أن رب المال يستحق الربح بسبب ماله ، لأنه نماء ماله ، والمضارب يستحقه باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح .

مشروعية المضاربة : اتفق أئمة المذاهب على جواز المضاربة بأدلة من القرآن والسنة والإجماع والقياس .

أما القرآن : فقوله تعالى : « وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله » والمضارب : يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل ، وقوله سبحانه : « فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله » وقوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم » .

---

(١) المراجع السابقة .

وأما السنة : فما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : « كان سيدنا العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة ، فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ ، فأجازه » [١] ، وروى ابن ماجه عن صهيب رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة ، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع » [٢] .

وأما الإجماع : فما روي عن جماعة من الصحابة أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة [٣] ولم ينكر عليهم أحد ، فكان إجماعاً ، وروي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش العراق ، فلما قفلا مرا على عامل لعمر : وهو أبو موسى الأشعري ، فرحب بهما وسهل ، وقال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ههنا مال من مال الله ، أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه في المدينة ، وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون لكما ربحه . فقالا : وددنا ، ففعل ، فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما وباعا وربحا ، فقال عمر : أكل الجيش قد أسلف كما أسلفكما ؟ فقالا : لا

---

(١) رواه الطبراني في الأوسط عن ابن عباس . قال الهيثمي : وفيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب (راجع مجمع الزوائد : ٤ ص ١٦١) .

(٢) إسناده ضعيف (راجع سبل السلام : ٣ ص ٧٦) والحق ما قال ابن حزم في مراتب الإجماع : « كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض، فما وجدنا له أصلاً فيها ألبتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي نقطع به أنه كان في عصره صلى الله عليه وسلم ، فعلم به وأقره ، ولولا ذلك لما جاز » (انظر التلخيص الحبير :ص٢٥٥).

(٣) انظر نصب الراية : ٤ ص ١١٣ .

فقال عمر : ابنا أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، أدّيا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : يأمير المؤمنين لو هلك المال ضمناه . فقال : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين ، لو جعلته قراضاً (أي لو عملت بحكم المضاربة : وهو أن يجعل لهما النصف ، ولبيت المال النصف) فرضي عمر ، وأخذ رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال [1] .

وأما القياس : فالمضاربة قيست على المساقاة لحاجة الناس إليها ، لأن الناس بين غني وفقير ، والإنسان قد يكون له مال ، لكنه لا يهتدي إلى أوجه التصرف والتجارة به ، وهناك من لا مال له ، لكنه مهتد في التصرفات ، فكان في تشريع هذا العقد تحقيق للحاجتين ، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ، ودفع حوائجهم [2] .

ركن المضاربة وألفاظها ونوعاها : ركن عقد المضاربة : هو الإيجاب والقبول ، وذلك بألفاظ تدل عليها .

فألفاظ الإيجاب : هي لفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة،وما يؤدي معاني هذه الألفاظ بأن يقول رب المال : « خذ هذا المال مضاربة على أن

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه ، وعن مالك رواه الشافعي في مسنده ، ومن طريق الشافعي رواه البيهقي في « المعرفة » وأخرجه الدارقطني في سننه عن عبد الله بن زيد بن أسلم عن أبيه عن جده (راجع تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ٢ ص ١٧٣ ، نصب الراية : ٤ ص ١١٣ ، التلخيص الحبير: ص ٢٥٤) .

(٣) البدائع : ٦ ص ٧٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٥٨ ، المبسوط : ٢٢ ص ١٨ ، المهذب : ١ ص ٣٨٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٠٩ .

مارزق الله عز وجل من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة » .

وكذا إذا قال : مقارضة أو معاملة ، أو قال « خذ هذا المال واعمل به على أن مارزق الله من شيء فهو بيننا على كذا » ولم يزد على هذا فهو جائز ، لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى هذا العقد ، والعبرة في العقود لمعانيها ، لا لصور الألفاظ .

وألفاظ القبول : هي أن يقول العامل المضارب : أخذت ، أو رضيت أو قبلت ، ونحو ذلك . وإذا توافر الإيجاب والقبول انعقد العقد [١] .

والمضاربة نوعان : مطلقة ومقيدة [٢] :

فالمطلقة : هي أن يدفع رجل المال إلى آخر بدون قيد ، ويقول : « دفعت هذا المال إليك مضاربة على أن الربح بيننا كذا مناصفة أو أثلاثاً ، ونحو ذلك » .

والمقيدة : هي أن يدفع شخص إلى آخر ألف ليرة مثلاً مضاربة على أن يعمل بها في بلدة معينة ، أو في بضاعة معينة ، أو في وقت معين ، أو لايبيع ولا يشتري إلا من شخص معين . وهذان النوعان الأخيران « حالة التأقيت وتخصيص شخص » جائزان عند أبي حنيفة وأحمد ، وغير جائزين عند مالك والشافعي [٣] .

صفة عقد المضاربة :

اتفق العلماء على أن عقد المضاربة قبل شروع العامل في العمل غير

---

(١) البدائع : ٦ ص ٧٩ ومابعدها .

(٢) البدائع : ٦ ص ٨٧ .

(٣) الميزان للشعراني : ٢ ص ٩٢ ، المغني : ٥ ص ٦٢ - ٦٣ .

لازم ، وأنه لكل من المتعاقدين فسخه . واختلفوا فيما إذا شرع العامل في المضاربة : فقال الإمام مالك : هو عقد لازم ، وهو عقد يورث ، فإن المضارب إذا كان له بنون أمناء كانوا في المضاربة أو القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين .

وقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : العقد غير لازم ، ولكل من العاقدين الفسخ إذا شاء ، وليس هو عقداً يورث .

ومرجع الخلاف بين الفريقين : أن الإمام مالك جعل العقد لازماً بعد الشروع في العمل لما يترتب على الفسخ من ضرر ، فكان من العقود الموروثة . وأما الفريق الثاني فقد شبهوا الشروع في العمل بما قبل الشروع في العمل ، لأن المضاربة تصرف في مال الغير بإذنه ، فيملك كل واحد من العاقدين فسخ العقد ، كما في الوديعة والوكالة [١] .

ولكن الحنفية ومن وافقهم اشترطوا لصحة الفسخ علم المتعاقد الآخر بالفسخ ، كما في سائر أنواع الشركات ، وأن يكون رأس المال نقداً وقت الفسخ ، فإن كان من العروض لم يصح الفسخ عند الحنفية .

وقال الشافعية والحنابلة : إذا انفسخت المضاربة ورأس المال عروض فاتفق المتعاقدان على بيعه أو قسمته جاز ، لأن الحق لهما لايعدوهما ، وإن طلب العامل البيع ، وأبى رب المال،أجبر رب المال على البيع ؛ لأن حق العامل في الربح ، وذلك لايحصل إلا بالبيع [٢] .

---

(١) انظر بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٧ ، البدائع : ٦ ص ١٠٩ ، المهذب : ١ص٣٨٨، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٩ ، المغني : ٥ ص ٥٨ .

(٢) المراجع السابقة .

المطلب الثاني

شرائط المضاربة

يشترط لصحة المضاربة شروط في العاقدين وفي رأس المال وفي الربح .

أما مايشترط في العاقدين وهما رب المال والمضارب : **فهو أهلية التوكيل والوكالة** ، لأن المضارب يتصرف بأمر رب المال ، وهذا معنى التوكيل ، ولا يشترط كونهما مسلمين ، فتصح المضاربة بين المسلم والذمي والمستأمن في دار الإسلام .

وأما شروط رأس المال فهي :

أولاً – أن يكون رأس المال من النقود : فلا تجوز المضاربة بالعروض « أي الأمتعة » عند جمهور العلماء، وأجازها ابن أبي ليلى . وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عروضاً كان غرراً ، لأن المضاربة تؤدي حينئذ إلى جهالة الربح وقت القسمة ، لأن قيمة العروض تعرف بالحزر والظن ، وتختلف باختلاف المقومين ، والجهالة تفضي إلى المنازعة ، والمنازعة تفضي إلى الفساد [1] .

أما إذا كان رأس المال ما به تباع العروض بأن دفع إنسان لآخر

---

(١) المبسوط : ٢٢ ص ٣٣ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٣ ، البدائع : ٦ ص ٨٢ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٤ ، المهذب : ١ ص ٣٨٥ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٠ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٥٨ .

عروضاً ، وقال : بعها واعمل بثمنها مضاربة ، فباعها بنقود ، وتصرف فيها ، جاز ذلك عند أبي حنيفة ، لأنه لم يضف المضاربة إلى العروض، وإنما أضافها إلى الثمن ، والثمن تصح به المضاربة .

ولم يجز ذلك عند الإمامين : مالك والشافعي ، لأنه قارضه على مابيعت به السلعة ، وذلك مجهول ، فكأنه قارضه على رأس مال مجهول .

وكما أنه لاتصح المضاربة على العروض لاتصح أيضاً على تبر الذهب والفضة ، ولا على الفلوس عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، لأنها لاتعتبر أثماناً مطلقة ، وعند محمد : تجوز ، لأنها أثمان للأشياء عنده ، كما عرفنا في بحث شركات الأموال .

والخلاصة أن كل مايصلح رأس مال في الشركة ، ويصح به عقد الشركة تصح به المضاربة ، وإلا فلا .

ثانياً : أن يكون رأس المال معلوم المقدار : فإن كان مجهولاً لاتصح المضاربة ، لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح ، وكون الربح معلوماً شرط لصحة المضاربة .

ثالثاً : أن يكون رأس المال عيناً « أي معيناً » لا ديناً : فلا يجوز أن يقال لمن عليه دين : ضارب بالدين الذي عليك . وهذا باتفاق العلماء والمضاربة فاسدة ، لأن المال الذي في يدي من عليه دين له ، وإنما يصير لدائنه « أو غريمه » بقبضه ، ولم يوجد القبض ههنا [١] .

وبناء على هذا : إذا كان لرب المال على رجل دين ، فقال له :

(١) راجع البدائع : ٦ ص ٨٣ ، فتح القدير : ٧ ص ٥٩ ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ ص ٥٠٦ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٥ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٠ ، المغني : ٥ ص ٦٧ .

« اعمل بديني الذي في ذمتك مضاربة بالنصف » فقال أبو حنيفة : إذا اشترى المدين بذلك وباع ، فجميع ما اشترى وباع يملكه هو ، وله ربحه وعليه وضيعته « خسارته » والدين يظل قائماً في ذمته بحاله ، وهذا مبني على الأصل المقرر عنده فيمن وكل رجلاً ليشتري له بالدين الذي في ذمته : وهو أنه لايجوز .

وقال الصاحبان : إن جميع ما اشترى وباع لرب المـــال له ربحه وعليه خسارته . وهـــذا مبني على الأصل المقرر عندهما في الوكالة السابقة : وهو أن هذا التوكيل جائز ، ويبرأ المدين من الدين ، ولكن المضاربة فاسدة ، لأن الشراء وقع للموكل ، فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة بالعروض ، كأنه وكله بشراء العروض ، ثم دفعه إليه مضاربة ، والمضاربة بالعروض لاتصح .

أما إذا قال إنسان لرجل : « اقبض مالي على فلان من الدين واعمل به مضاربة » جاز ذلك باتفاق العلماء ، لأن المضاربة هنا أضيفت إلى المقبوض الذي هو أمانة في يده ، فكان رأس المال عيناً لاديناً : أي أن المضارب يكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه ، لأنه قبضه بإذن مالكه من غيره ، فجاز أن يجعله مضاربة ، كما لو قال : اقبض المال من غلامي وضارب به .

وكذلك تجوز المضاربة إذا كان الشخص في يده وديعة ، فقال له المودع : ضارب بها ، لأن الوديعة ملك رب المال ، فجاز أن يضاربه عليها ، كما لو كانت حاضرة ، فقال : « قارضتك على هذا الألف » وأشار إليه في زاوية البيت . والفرق بين هذه الحالة والدين : أن عين المال في حالة الدين لايصير ملكاً للدائن إلا بقبضه .

والمضاربة تجوز أيضاً فيما إذا كان المال مغصوباً ، فضارب به الغاصب

لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه ، فأشبه الوديعة [١] .

رابعاً — أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل : لأن رأس المال أمانة في يده ، فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة ، ولا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال على المال ، لعدم تحقق التسليم مع بقاء يده . ويترتب عليه أنه لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة .

وفي هذا الشرط تختلف المضاربة عن شركات الأموال فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله . والفرق هو أن المضاربة انعقدت على رأس مال من أحد الجانبين ، وعلى العمل من الجانب الآخر ، ولا يتحقق العمل إلا بعد خروج المال من يد صاحبه ليتمكن من التصرف فيه . أما الشركة فإنها انعقدت على العمل من الجانبين ، فإذا شرط زوال يد رب المال عن العمل ، فيكون ذلك الشرط مناقضاً لمقتضى العقد ، كما لو شرط في المضاربة عمل رب المال ، فإن المضاربة تفسد ، سواء عمل رب المال مع المضارب ، أو لم يعمل ، لأن شرط عمله معه معناه اشتراط بقاء يده على المال ، وهذا شرط فاسد ، لأنه يمنع المضارب من التمكن من التصرف ، فلا يتحقق المقصود من العقد .

وهذا الشرط مطلوب ، سواء أكان المالك عاقداً أو غير عاقد ، فلا بد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة .

ويترتب عليه أن الأب أو الوصي إذا ضارب في مال الصغير وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة ، لأن يد الصغير ثابتة له ، وبقاء يده يمنع التسليم إلى المضارب . وكذلك أحد شريكي المضاربة أو العنان إذا دفع مالاً مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب ، فالمضاربة

---

(١) انظر البدائع : ٦ ص ٨٣ ، المغني : ٥ ص ٦٨ ومابعدها ، المهذب : ١ ص ٣٨٥ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٠ .

فاسدة لقيام الملك لشريكه ، وإن لم يكن عاقداً ، فيمنع تحقق التسليم [١].

ويترتب على هذا الشرط أن المضارب لو دفع المال إلى رب المال مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة ، والمضاربة الأولى على حالها جائزة .

وأما شروط الربح فهي ماياأتي :

أولاً : أن يكون الربح معلوم القدر : لأن المعقود عليه أو المقصود من العقد هو الربح ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد [٢] .

وإذا دفع شخص لآخر ألف درهم على أن يشتركا في الربح ، ولم يبين مقدار الربح ، جاز ذلك ، ويكون الربح بينهما نصفين ، لأن الشركة تقتضي المساواة ، كما في قوله تعالى : « وهم شركاء في الثلث » .

فإن كان هناك شرط يؤدي إلى جهالة الربح فسدت المضاربة ، لاختلال المقصود من العقد : وهو الربح .

وإن كان الشرط لايؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد . مثل أن يشترط المالك أن تكون الخسارة على المضارب أو عليهما ، فالشرط يبطل ، ويبقى العقد صحيحاً ، والخسارة تكون على المالك في مال المضاربة . والسبب في أن شرط الخسارة عليهما شرط فاسد : هو أن الخسارة تعتبر جزءاً هالكاً من المال ، فلا يكون إلا على رب المال ، لا أنه يؤدي إلى جهالة الربح ، فيؤثر في العقد فيجعله فاسداً .

---

(١) انظر المبسوط: ٢٢ ص ٨٣ ومابعدها ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٦ ، البدائع: ٦ ص ٨٤ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٦٣ ، الدر المختار : ٤ ص ٥٠٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٠.

(٢) المبسوط : ٢٢ ص ٢٧ ، البدائع : ٦ ص ٨٥ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٥ ومابعدها ، الدر المختار : ٤ ص ٥٠٥ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٤ ، مغني المحتاج ٢ ص ٣١٣ ، المهذب : ١ ص ٣٨٥ ، المغني : ٥ ص ٣٠ .

ومثل ذلك أيضاً : أن يدفع شخص لآخر ألف ليرة مضاربة على أن الربح بينهما نصفان ، وعلى أن يدفع إليه رب المال أرضه ليزرعها سنة أو داراً ليسكنها سنة فالشرط باطل ، والمضاربة جائزة ، لأنه ألحق بها شرطاً فاسداً لايقتضيه العقد . ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره إلى رب المال ليسكنها سنة : فإن المضاربة تفسد ، لأنه جعل نصف الربح عوضاً عن عمله وعن أجرة الدار أو الأرض ، فصارت حصة العمل مجهولة بالعقد ، فلم يصح العقد (١) .

ولو شرط في المضاربة كون جميع الربح للمضارب ، فالعقد قرض عند الحنفية والحنابلة . وهو مضاربة فاسدة عند الشافعية . وحينئذ يكون للعامل أجرة مثل عمله ، لأن مقتضى المضاربة الاشتراك في الربح ، فإذا شرط استئثار العامل بالربح كان الشرط فاسداً .

ووجه قول الحنفية : أنه إذا لم يمكن تصحيح العقد مضاربة يجعل قرضاً ، لأنه أتى بمعنى القرض ، والعبرة في العقود لمعانيها (٢) . ويترتب على هذا أنه إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو إبضاع عندهم لوجود معنى الإبضاع (٣) .

ثانياً ـ أن يكون الربح جزءاً مشاعاً : كأن يتفقا على ثلث أو ربع أو نصف ، وهذا مستثنى من حكم الإجارة المجهولة ، لأن جواز

---

(١) البدائع : ٦ ص ٨٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٦٢ .

(٢) البدائع، المصدر السابق ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٢ ، المهذب: ١ ص ٣٨٥ ، المغني : ٥ ص ٣٠ .

(٣) الإبضاع هنا : أي التوكيل بلا جُعل . وبعبارة أخرى : هو استعمال شخص في المال بغير عوض (البدائع : ٦ ص ٨٧) .

عقد المضاربة كان للرفق بالناس ، فإذا عين المتعاقدان مقداراً محدداً بأن شرطا مثلاً أن يكون لأحدهما مائة ليرة أو أقـــل أو أكثر ، والباقي للآخر ، فلا يصح هذا الشرط ، والمضاربة فاسدة ، لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح ، وهذا الشرط يمنع الاشتراك في الربح ، لاحتمال أن لايربح المضارب إلا هذا القدر المذكور ، فيكون ذلك لأحدهما دون الآخر ، فلا تتحقق الشركة ، وبالتالي لايكون التصرف مضاربة .

وكذلك تفسد المضاربة إذا شرط زيادة ربح كعشرة مثلاً لأحد الشريكين لاحتمال أن لايربح العامل إلا هذا القدر ، فلا تتحقق الشركة في الربح . وحينئذ يلزم للعامل أجر المثل كما في سائر أنواع المضاربة الفاسدة [١] .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة .

---

(١) انظر المبسوط : ٢٢ ص ٢٧ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٤ ، البدائع : ٦ ص ٨٥ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٦٠ ، الشرح الكبير للدردير: ٣ ص ٥١٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٣ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٤ ، المغني : ٥ ص ٣٤ .

المطلب الثالث

أحكام المضاربة

المضاربة إما صحيحة أو فاسدة ، ولكل واحد منها أحكام ،وسنبدأ في أحكام المضاربة الفاسدة التي اختل فيها شرط من شروط صحتها ،لأن الكلام في ذلك يسير .

حكم المضاربة الفاسدة : إذا كانت المضاربة فاسدة فليس للمضارب عند الحنفية [1] أن يعمل شيئاً مما تقتضيه المضاربة الصحيحة ، ولا يثبت بها شيء من أحكام المضاربة الصحيحة التي سنعرفها ، ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى ، وإنما له أجر مثل عمله ، سواء أكان في المضاربة ربح أو لم يكن ، لأن المضاربة الفاسدة في معنى الإجارة الفاسدة ، والأجير لايستحق النفقة ولا المسمى في الإجارة الفاسدة ، وإنما يستحق أجر المثل . وعلى هذا إذا لم يربح المضارب فله أجر مثل عمله لأن رب المال استعمله مدة في عمله ، فكان عليه أجر العمل .

وأما الربح الحاصل حينئذ فيكون كله لرب المال ، لأن الربح نماء ملكه ، ولم يستحق المضارب منه شيئاً نظراً لفساد العقد . وكذلك الخسران يكون على رب المال .

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٠٨ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٥٨ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٤ ، المبسوط : ٢٢ ص ٢٢ .

والقول قول المضارب مع يمينه إذا فسد العقد ، وذلك في دعوى الهلاك والضياع ، والمال في يده أمانة ، كما في المضاربة الصحيحة .

ومذهب الشافعية والحنابلة في المضاربة الفاسدة كالحنفية إلا أنهم قالوا :

إذا تصرف المضارب نفذ تصرفه ، لأنه أذن له فيه ، فإذا بطل العقد بقي الإذن ، فملك به التصرف كما في الوكالة الفاسدة ، وهذا بخلاف البيع ، فإنه لو فسد لاينفذ تصرف المشتري ، مع أن البائع قد أذن له في التصرف ، والفرق هو أن المشتري إنما يتصرف بالملك لا بالإذن ، ولا ملك في البيع الفاسد .

والربح جميعه في هذين المذهبين حين الفساد لرب المال ، لأنه نماء ملكه ، وعليه الخسران أيضاً . ويكون للمضارب أجرة مثل عمله ، وإن لم يكن ربح ، لأنه عمل طامعاً في المسمى ، فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه ، وذلك متعذر ، فتجب قيمته وهي أجرة مثله ، كما لو تبايعا بيعاً فاسداً وتقابضا وتلف أحد العوضين في يد القابض له : وجب رد قيمته [١] .

وقال الإمام مالك في إحدى روايتيه عنه : يرد العامل في جميع أحكام المضاربة الفاسدة إلى قراض مثله في الربح والخسارة وغيرهما [٢] .

وأما أحكام المضاربة الصحيحة : فكثيرة منها مايرجع الى حال يد المضارب وبعضها يرجع الى عمل المضارب ، وبعضها يرجع الى مايستحقه المضارب بالعمل ، ومايستحقه رب المال بالمال .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٥ ، المهذب : ١ ص ٣٨٨ ، المغني : ٥ ص ٦٥ ومابعدها .

(٢) الشرح الكبير للدردير : ٣ ص ٥١٩ ومابعدها ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٤٠ .

آ ـ **أما حال يد المضارب** : فقد اتفق أئمة المذاهب [١] على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة ، لأنه قبضه بإذن مالكه ، لا على وجه البدل (أي المبادلة) كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن .

واذا اشترى المضارب شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع ، لأنه تصرف في مال الغير بإذنه وهو معنى الوكيل ، فتطبق عليه أحكام الوكالة المعروفة بالنسبة للشراء : وهو أن يكون الشيء بمثل قيمته أو بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء . وأما بالنسبة للبيع فيعتبر كالوكيل بالبيع المطلق ، كما سنعرف .

فإذا ربح المضارب صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح لأنه ملك جزءاً من المال بعمله ، والباقي لرب المال ، لأنه نماء ماله ، فهو له .

واذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب صارت إجارة ، والمضارب بمنزلة الأجير لرب المال ، ويستحق حينئذ أجر المثل .

واذا خالف المضارب شرط رب المال ، كأن فعل ماليس له فعله أو اشترى شيئاً منع من شرائه ، صار بمنزلة الغاصب ، ويصير المال مضموناً عليه ؛ لأنه تعدى في ملك غيره .

واذا تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن ، لأنه نائب عن رب المال في التصرف ، فلم يضمن من غير تفريط ، كالوديع .

---

(١) مختصر الطحاوي : ص ١٢٤ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٧ ص ٥٨ ، البدائع : ٦ ص ٨٧ ، المبسوط : ٢٢ ص ٩ ، الشرح الكبير : ٣ ص ٥٣٦ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٤ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٢٢ ، المهذب : ١ ص ٣٨٨ ، المغني : ٥ ص ٦٩ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٣ .

ب ـ **واما تصرفات المضارب** : فيختلف حكمها بحسب ماأذا كانت المضاربة مطلقة أو مقيدة .

والمطلقة كما عرفنا : أن يدفع المالك المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله . والمقيدة : أن يعين المالك شيئاً من ذلك .

فاذا كانت المضاربة مطلقة : فللمضارب أن يتصرف في مال المضاربة ما بدا له من أنواع التجارات في سائر الأمكنة مع سائر الناس لإطلاق العقد ، فله أن يشتري به ويبيع ، لأن المقصود من المضاربة : هو تحصيل الربح ، والربح لايحصل إلا بالشراء والبيع ، إلا أنه في الشراء مقيد بالمعروف وهو أن يكون بمثل قيمة المشترى ، أو بأقل من ذلك مما يتغابن الناس في مثله ، لأنه وكيل ، وشراء الوكيل يقع على ما هو متعارف .

وأما بيعه فهو على الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في التوكيل بمطلق البيع .

فعند أبي حنيفة رضي الله عنه يملك البيع نقداً ونسيئة وبغبن فاحش .

وعند الصاحبين : لايملك البيع بالنسيئة ، ولا بما لا يتغابن الناس في مثله .

وللمضارب أن يدفع المال بضاعة ، لأن الإبضاع من عادة التجار ، ولأن المقصود من هذا العقد هو الربح ، والإبضاع طريق إلى ذلك ، ولأنه يملك الاستئجار فالإبضاع أولى ، لأن الاستئجار استعمال شخص في المال بعوض ، والإبضاع استعماله فيه بغير عوض ، فكان أولى .

وللمضارب أن يودع ، لأن الإيداع من عادة التجار ومن ضرورات التجارة .

وله أن يستأجر أجيراً ليعمل في المال ، لأن ذلك من عادة التجار وضرورات التجارة . كما له أن يستأجر البيوت ليجعل المال فيها ، لأنه لايقدر على حفظ المال إلا به . وله أيضاً أن يستأجر السفن والدواب للعمل ، لأن الحمل من مكان إلى مكان طريق لتحصيل الربح ، ولا يمكنه النقل بنفسه .

وله أن يوكل بالشراء والبيع ، لأن التوكيل من عادة التجار ، ولأنه طريق الوصول إلى الربح . وله أن يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة ، وأن يرتهن بدين له منها على رجل ، لان الرهن بالدين والارتهان من باب إيفاء الدين واستيفائه ، وهو يملك ذلك . ولكن ليس له أن يرهن بعد نهي رب المال عن العمل ولا بعد موته ، لان المضاربة تبطل بالنهي والموت .

وللمضارب أن يسافر بالمال في الرواية المشهورة عند الحنفية ، لان المقصود من المضاربة استنماء المال ، ولان العقد مطلق ، كما أن اسم المضاربة دليل على جواز السفر ، لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض وهو السير [١] .

مالا يجوز للمضارب فعله : ليس للمضارب في المضاربة المطلقة أن يفعل بعض الافعال إلا بالنص عليها صراحة [٢] فليس له أن يستدين على مال المضاربة إلا بإذن صريح ، ولو استدان لم يجز على رب المال ،

---

(١) راجع هذه الأحكام في البدائع : ٦ ص ٨٧ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٦٣ ، ٧٩ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ ، المبسوط : ٢٢ ص ٣٨ ومابعدها ، ٦٨ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٧ ، ٦٨ ، الدر المختار بهامش رد المحتار : ٤ ص ٥٠٦ .

(٢) البدائع : ٦ ص ٩٠ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٨٠ ، المبسوط : ٢٢ ص ١٧٨ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٦٩ ، الدر المختار : ٤ ص ٥٠٧ .

ويكون ديناً على المضارب في ماله ، لان الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال ، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه ، لان ثمن المشتري مضمون على رب المال ، فلو جوزنا الاستدانة على المضاربة ، لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به ، وهذا لايجوز .

واذا كانت الاستدانة لاتجوز ، فلا يجوز الاقراض من رأس المال من باب أولى .

وكذلك ليس المضارب أن يدفع المال الى غيره مضاربة أو أن يشارك به أو أن يخلطه بمال نفسه أو بمال غيره ، إلا إذا قال له رب المال : اعمل برأيك ، أو أذن له بذلك . أما المضاربة فلا تجوز لانها مثل المضاربة الاولى ، والشيء لايستتبع مثله ، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله ، كما لايملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد . وأما الشركة فهي أولى أن لايملكها بمطلق العقد ، لانها أعم من المضاربة ، والشيء لايستتبع مثله فما فوقه أولى . وأما الخلط فلأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره فلا يجوز الا بإذنه [١] .

المضارب يضارب : إذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة ولم يأذن له رب المال ، فإن المال لا يكون مضموناً على المضارب الأول بمجرد الدفع إلى الثاني ، ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يربح . فإذا ربح ضمن المضارب الأول لرب المال ، أما قبل ذلك فلا يضمن ، فلو هلك المال في يد الثاني قبل أن يربح ، هلك هلاك الأمانات ، وهذا هو قول أئمة الحنفية ما عدا زفر ، وذلك قبل العمل ، وهو قول أبي حنيفة بعد العمل أيضاً .

---

(١) البدائع : ٦ ص ٩٥ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٦٤ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٨ ، الدر المختار بهامش رد المحتار : ٤ ص ٥٠٧ .

وجه الحالة الأولى : أن مجرد الدفع من المضارب إيداع منه ، وهو يملك إيداع مال المضاربة ، فلا يضمن بالدفع .

ووجه الحالة الثانية عند أبي حنيفة أن الدفع من المضارب الأول إلى المضارب الثاني يعتبر إبضاعاً ، وهو يملك الابضاع .

فإذا ربح الثاني فقد أثبت للأول شركة في المال فيضمن الأول لرب المال كما لو خلط المال بغيره .

هذا إذا كانت المضاربة صحيحة ، فإن كانت فاسدة فلا يضمن المضارب الأول بعد الربح ، لأن المضارب الثاني أجير في المال حينئذ ، وله أجر مثله ، فلم تثبت الشركة الموجبة للضمان .

وقال زفر : يضمن المضارب الأول بمجرد الدفع ، عمل الثاني أو لم يعمل ، لأن المضارب يملك الدفع على وجه الايداع ، وهذا الدفع على وجه المضاربة ، فإذا دفع صار بالدفع مخالفاً ، فصار ضامناً كالوديع إذا أودع الوديعة عند غيره .

وقال الصاحبان وهو ظاهر الرواية : إذا عمل المضارب الثاني ضمن الاول ، ربح أو لم يربح ، لان المضارب الثاني لما عمل فقد تصرف الاول في المال بغير إذن المالك ، فيتعين به الضمان سواء ربح أو لم يربح [١] .

وأما **المضاربة المقيدة** : فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع الاحكام التي ذكرناها ، وإنما تفارقها في قدر القيد الذي قيدت به ، فإن خصص رب المال تصرف المضارب في بلد بعينه ، أو في سلعة بعينها لم

---

(١) البدائع : ٦ ص ٩٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٧٠ ومابعدها ، المبسوط : ٢٢ ص ٩٨ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٦٣ ، الدر المختار : ٤ ص ٥٠٩ .

يجز له أن يتجاوزها ، لانه توكيل ، وفي التخصيص بذلك فائـدة ، فيتخصص به .

وعلى هذا إذا كان القيد متعلقاً بالمكان ، كأن دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على أن يعمل به في بلدة معينة كدمشق مثلاً ، فليس له أن يعمل في غير دمشق ، لان قوله « على أن » من ألفاظ الشرط ، وهو شرط مفيد ، لان الاماكن تختلف بالرخص والغلاء ، وفي السفر خطر .

وكذا لا يعطيها بضاعة [١] لمن يخرج بها من دمشق ، لانه إذا لم يملك الإخراج بنفسه فلأن لا يملك الإذن بذلك أولى .

فإن أخرجها من دمشق : فإن اشترى بها وباع ضمن ، لانه تصرف لا على الوجه المأذون فيه فصار مخالفاً فيضمن ، وكان ما اشتراه لنفسه له ربحه وعليه خسارته ، لكن لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد. وعند أبي يوسف : يطيب .

وإن لم يشتر بمال المضاربة شيئاً حتى رده إلى البلدة المعينة المذكورة برىء من الضمان ، ورجع المال مضاربة على حاله ، كالوديع إذا خالف أمر المودع ثم عدل عن المخالفة [٢] .

ولو دفع المال إلى رجل ليعمل في سوق دمشق العام ، فعمل في دمشق نفسها في غير سوقها ، فهو جائز على أساس المضاربة استحساناً . والقياس أن لايجوز . وجه القياس : أنه شرط عليه العمل في مكان معين ، فلا يجوز في غيره ، كما لو شرط ذلك في بلد معين .

---

(١) أي أن يدفعها إلى شخص ليتجر في المال تبرعاً أي (بغير عوض) .

(٢) المبسوط : ٢٢ ص ٤٢ ، ٤٦ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٥٩ ، البدائع : ٦ ص ٩٨ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٦٤ ومابعدها ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ .

ووجه الاستحسان : أن التقييد بسوق دمشق غير مفيد غالباً ، لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة ، فلا فائدة في هذا الشرط ، فيلغو . ومن المقرر أن الشرط معتبر إذا كان مفيداً .

ولو قال له : « لا تعمل به إلا في سوق دمشق » فعمل في غير السوق ، فباع واشترى ، فهو ضامن ، لان قوله ذلك حجر له ، فلا يجوز تصرفه بعد الحجر . وفي المثال الاول لم يحجر عليه ، وإنما شرط عليه أن يكون عمله في السوق ، والشرط غير مفيد ، فيلغو .

وكذلك إذا قال له : « خذ هذا المال تعمل به في دمشق أو فاعمل به في دمشق » لم يجز له العمل في غير ذاك ، لان « في » كلمة ظرف فقد جعل دمشق ظرفاً للتصرف الذي أذن له فيه ، فلو جاز في غير دمشق لم تكن دمشق ظرفاً لتصرفه . وأما قوله « فاعمل به ... » فالفاء للوصل والتعقيب ، والمتصل المتعقب للمبهم تفسير له .

وكذا قوله : « خذه بالنصف بدمشق » لان الباء تفيد الإلصاق ، فتقتضي التصاق الصفة بالموصوف : يعني أنه يجب عليه العمل بالمال ملصقاً بدمشق ، وهو أن يكون العمل فيها .

أما لو قال : « خذ هذا المال واعمل به بدمشق » فله أن يعمل به فيها وفي غيرها ، لان الواو للعطف ، وهو مما يجوز الابتداء به ، فيجعل مشورة ، كأنه قال : « إن فعلت كذا كان أنفع » .

ولو قال : « على أن تشتري من فلان وتبيع منه » صح التقييد لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة . وخالف في هذا المالكية والشافعية كما عرفنا ، لان هذا التقييد يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب في الاسواق وطلب الربح .

ولو وقّت المضاربة بوقت معين ، على أنه إذا مضى بطل العقد ، صح ذلك

عند الحنفية والحنابلة لانه توكيل ، فيتأقت بما وقته ، والتوقيت مفيد ، وإنه تقييد بالزمان ، فصار كالتقييد بالنوع والمكان [١] .

ولم يصح عند الشافعية والمالكية كما عرفنا لإخلال التأقيت بمقصود القراض ، فقد لا يربح في المدة ، وقد يكون الربح والحظ في ابقاء المتاع وبيعه بعد المدة المعينة [٢] .

تقييد المضاربة المطلقة : اذا كانت المضاربة مطلقة فخصصها رب المال بعد العقد :

فإن كان رأس المال بحاله نقداً أو اشترى به المضارب متاعاً ثم باعه وقبض ثمنه من النقود : فإن تخصيصه جائز ، كما لو خصص المضاربة في الابتداء ، لان رب المال يملك التخصيص اذا كان فيه فائدة .

أما اذا كان مال المضاربة عروضاً فلا يصح تقييد رب المال للمضارب أو نهيه عن أمر حتى يصير رأس المال نقداً ، مثل أن يقول له : « لا تبع بالنسيئة » لان المضاربة تمت بالشراء .

ج — وأما حقوق المضارب : التي يستحقها بعمله في مال المضاربة فهي شيئان : النفقة ، والربح المسمى في العقد .

أولا — أما النفقة من مال المضاربة فاختلف الفقهاء في وجوبها للمضارب على أقوال ثلاث : فقال الامام الشافعي في الاظهر من قوليه : لا نفقة للمضارب على نفسه من مال المضاربة لا حضراً ولا سفراً الا أن يأذن له رب المال ، لان للمضارب نصيباً من الربح ، فلا يستحق شيئاً آخر ، ويكون ذلك زيادة

---

(١) البدائع : ٦ ص ٩٩ ، تكملة فتح القدير والعناية : ٧ ص ٦٥ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٢ ، المغني : ٥ ص ٦٣ .

منفعة في المضاربة ، ولان النفقة قد تكون قدر الربح ، فيؤدي ذلك الى انفراده به ، وقد تكون اكثر ، فيؤدي الى ان يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهذا ينافي مقتضى العقد ، فلو شرطت النفقة للمضارب في العقد فسد [١] .

وقال قوم منهم ابراهيم النخعي والحسن البصري : له نفقته حضراً وسفراً [٢] .

وقال جمهور الفقهاء منهم أبو حنيفة ومالك : للمضارب النفقة في السفر من مال المضاربة بما يحتاج اليه من طعام وكسوة [٣] الا ان الامام مالك قال : اذا كان المال يحمل ذلك .

وأما الحنابلة فأجازوا اشتراط المضارب نفقة نفسه في الحضر أو في السفر [٤] .

ودليل هؤلاء المجيزين : هو أنه لو لم تجعل نفقة المضارب من مال المضاربة لا متنع الناس من قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها ، والسبب في استحقاق المضارب النفقة في السفر دون الحضر : هو أنه حبس نفسه عن الكسب وسافر لاجل المضاربة ، فأشبه حبس الزوجة التي تستحق النفقة بالاحتباس بخلاف الحضر ، فلو أنفق المضارب في السفر من ماله الخاص تضرر بذلك .

والنفقة الواجبة للمضارب في مال المضاربة كما ذكر الحنفية : تشمل الطعام والكسوة والإدام والشراب وأجر الاجير وفراشاً ينام عليه وعلف

---

(١) المهذب : ١ ص ٣٨٧ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٧ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ ص ٢٣٨ .

(٣) البداية ، المرجع السابق ، البدائع : ٦ ص ١٠٥ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٨١ ، المبسوط : ٢٢ ص ٦٣ ، مختصر الطحاوي : ص ١٢٥ .

(٤) المغني : ٥ ص ٦٤ .

دابته التي يركبها في سفره ويتصرف عليها في حوائجه وغسل ثيابه ونحو ذلك مما لابد في السفر منه عـادة . أما ثمن الدواء ففي مال المضارب خاصة في ظاهر الرواية ، لأن الحاجة إلى النفقة ، معلومـة الوقوع ، وإلى الدواء بعارض المرض ، ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ، ودواؤها في مالها .

وعن أبي حنيفة رحمه الله : أن الدواء يدخل في نفقـة المضارب ، لأنه لإصلاح بدنه ، ولا يتمكن من التجارة إلا به ، فصار كالنفقة [١] .

وأما قدر النفقة : فهو أن يكون بالمعروف عند التجار من غـير إسراف ، فإن جاوز ذلك ضمن الفضل ، لأن الإذن ثابت بالعـادة ، فيعتبر القدر المعتاد .

ولو سافر فلم يتفق له شراء متاع من حيث قصد ، وعاد بالمـال ، فنفقته ما دام مسافراً في مال المضاربة ، لأن عمل التجارة على هـذا ، وهو أن الشراء قد يحصل في وقت دون وقت ، ومكان دون مكان .

ويكون للمضارب النفقة ، سواء سافر بمال المضاربة وحده ، أو بماله ومال المضاربة ، أو بمال المضاربة لواحد أو لاثنين ، إلا أنه إذا سافر بماله ومال المضاربة أو بمالين لرجلين ، كانت النفقة من المالين بالحصص ، لأن السفر لأجل المالين ، فتكون النفقة فيهما [٢] .

وأما ما تحتسب النفقة منه : فالنفقة تحتسب من الربح إن حدث ربـح ، فإن لم يحدث فهي من رأس المال ، لأن النفقة جزء هالك من المال ، والأصل أن الهلاك ينصرف إلى الربـح .

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٠٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٨١ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٧٠ ، الدر المختار : ٤ ص ٥١٢ .

(٢) البدائع : المصدر السابق .

ولو أقام المضارب في بلد من البلدان للبيــع والشراء ، ونوى الإقامة خمسة عشر يوماً ، فنفقته من مال المضاربـــة ، ما لم يتخذ من البلد داراً للتوطن .

وإذا رجع المضارب إلى بلده : فما فضل عنده من الكسوة والنفقة رده إلى مال المضاربة ، لان الإذن له بالنفقة كان لاجل السفر ، فإذا انقطع السفر لم يبق الإذن ، فيجب رد مابقي إلى مال المضاربة .

وإذا أنفق المضارب من ماله على نفسه فيما يحق له أن ينفقه من مال المضاربة ، فما أنفقه فهو دين في مال المضاربة ، كالوصي إذا أنفق على الصغير من مال نفسه ؛ لان تدبير ذلك مفوض إليه [١] .

ثانياً — وأما الحق الثاني للمضارب فهو الربـح المسمى : يستحق المضارب بعمله في المضاربة الصحيحة الربـح المسمى إن كان في المضاربة ربـح ، فإن لم يكن ربـح فلا شيء للمضارب ، لانه عامل لنفسه فلا يستحق الأجر .

وإنما يظهر الربـح بالقسمة ، وشرط جواز القسمة قبض رأس المال ، فلا تصح قسمة الربـح قبل قبض رأس المال من المضارب .

فلو دفع رجل إلى آخر ألف ليرة مضاربة بالنصف ، فربـح ألفـاً فاقتسما الربـح ورأس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال ، فهلك [٢] في يد المضارب بعد قسمة الربـح ، فلا تصح هذه القسمة ، ويكون ما قبض رب المـال محسوباً عليه من رأس ماله ، وما قبضه المضارب دين عليه يرده إلى رب المـال حتى يستوفي رأس ماله ، فإن فضل ربـح فهو بينهما .

---

(١) البدائع ، المصدر السابق : ص ١٠٧ .

(٢) أي رأس المال .

والدليل على اشتراط استيفاء رب المال رأس ماله قبل قسمة الربح : هو ما روي عن الرسول ﷺ أنه قال : « مثل المؤمن مثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله ، كذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه » [١] فدل الحديث على أن قسمة الربح قبل قبض رأس المال لا تصح ، لان الربح زيادة ، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الاصل .

وإذا اختلف المضارب مع رب المال في رد المال : فقال المضارب : قد كنت دفعت إليك رأس مالك قبل قسمة الربح ، وقال رب المال : لم أقبض رأس المال قبل ذلك ، فالقول قول رب المال ، ويرد المضارب ما قبضه لنفسه لإتمام رأس المال . فإن بقي شيء بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين . وإنما كان الحكم هو قبول قول رب المال ، لان المضارب في هذه الحالة مدعي ، ورب المال منكر ، والمضارب وإن كان أميناً لكن القول قول الامين في إسقاط الضمان عن نفسه ، لا في التسليم الى غيره [٢] .

د ـ **وأما حق رب المال** : فهو ان يأخذ حصته من الربح المسمى اذا كان في المال ربح ، وإن لم يكن فلا شيء له على المضارب [٣] .

---

(١) ذكره الكاساني في البدائع : ٦ ص ١٠٧ ، ولم أجده في كتب الحديث المشهورة.

(٢) البدائع : ٦ ص ١٠٧ ومابعدها ، المبسوط : ٢٢ ص ٢٠ ، ١٠٥ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٦٨ ، رد المحتار : ٤ ص ٥١١ .

(٣) البدائع . المرجع المذكور : ص ١٠٨ .

المطلب الرابع

حكم اختلاف رب المال والعامل المضارب

قد يختلف رب المال والمضارب في أمور تتعلق بتنفيذ مقتضى المضاربة كالاختلاف في عموم التصرفات أو خصوصها ، وفي تلف المال ، وفي رد المال ، وفي قدر الربح المشروط ، وفي قدر رأس المال .

آ ـ فإن اختلفا في عموم التصرفات أو خصوصها فيقبل قول من يدعي العموم ، كأن ادعى أحدهما المضاربة في عموم التجارات أو في عموم الامكنة أو مع عموم الاشخاص الذين يضارب معهم ، وادعى الآخر نوعاً دون نوع ، ومكاناً دون مكان ، وشخصاً دون شخص ، فيقبل قول مدعي العموم ، لانه يتفق مع مقصود عقد المضاربة ، لان المقصود من العقد هو الربح ، وهذا المقصود يتحقق بشكل أوفر في التعميم .

وكذلك يقبل قول من يدعي الاطلاق اذا اختلفا في الإطلاق والتقييد كأن قال رب المال : أذنت لك أن تتجر في الحنطة دون ما سواها ، وقال المضارب : ما سميت لي تجارة بعينها ، فيقبل قول المضارب مع يمينه ، لان الإطلاق أقرب إلى تحقيق المقصود من العقد .

أما لو اختلف المتعاقدان في النوع المخصص للمضاربة فيه ، فقال رب المال : دفعت المال إليك مضاربة في القماش ، وقال المضارب : في الحبوب ، فالقول قول رب المال ، لانه لا يمكن الترجيح هنا بالمقصود من العقد

لان المضاربة تصلح في النوعين فيرجح أحدهما بالإذن الصادر من رب المال [١] .

ب - وإن اختلف رب المال والمضارب في تلف المال ، فادعاه المضارب وأنكره رب المال ، أو اختلفا في الخيانة أو « التعدي » فادعاها رب المال وأنكر المضارب ، فالقول قول المضارب باتفاق العلماء لأن المضارب - كما عرفنا - أمين ، والأصل عدم الخيانة ، فكان القول قوله كالوديع .

ج - وإن اختلف العاقدان في رد المال ، فادعاه العامل وأنكره رب المال ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ، كما بينا ، ولأن المضارب قبض المال لنفع نفسه ، فلم يقبل قوله بالنسبة للرد كالمستعير .

وعند المالكية والشافعية في الأصح : القول هو قول المضارب ، لأنه مأمون كالوديع [٢] .

د - وإن اختلفا في قدر رأس المال يقبل قول المضارب باتفاق الفقهاء [٣] كأن قال رب المال : دفعت إليك ألفين ، وقال المضارب : دفعت إلي ألفاً ، فيقبل قول المضارب ، لأن المتعاقدين اختلفا في مقدار المقبوض ، فكان القول قول القابض بدليل أنه لو أنكر القبض أصلاً ،

---

(١) البدائع : ٦ ص ١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٨٧ ، المبسوط : ٢٢ ص ٤٢ ، تبيين الحقائق : ٥ ص ٧٥ .

(٢) البدائع : ٦ ص ١٠٨ ، المغني : ٥ ص ٧٠ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٢٢ ، المهذب : ١ ص ٣٨٩ ، الشرح الكبير : ٣ ص ٥٣٦ .

(٣) تبيين الحقائق : ٥ ص ٧٤ ، البدائع : ٦ ص ١٠٩ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٨٦ ، المبسوط : ٢٢ ص ٢٧ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٤١ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٢١ ، المهذب : ١ ص ٣٨٩ ، المغني : ٥ ص ٦٩ .

وقال : لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله ، فكذا لو أنكر البعض دون البعض .

ولو اختلف المتعاقدان في قدر رأس المال وفي مقدار الربح أيضاً ، كأن قال رب المال : رأس المال ألفان ، والمشروط ثلث الربح . وقال المضارب : رأس المال ألف ، والمشروط نصف الربح ، فقال الحنفية : القول قول المضارب أيضاً في قدر رأس المال ، وقول رب المال في مقدار الربح .

هـ — وإذا اختلف رب المال مع المضارب في مقدار الربح المشروط في العقد : فقال الحنفية والحنابلة في أرجح الروايتين عن أحمد : القول قول رب المال ، مثل أن يقول المضارب : شرطت لي نصف الربح ، فيقول رب المال : بل ثلثه ، فيقبل قول رب المال ، لأن صاحب المال ينكر الزيادة على النصف والقول قول المنكر [١] ، لأن النبي ﷺ قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه » [٢] .

وقال المالكية : القول قول المضارب بيمينه في قدر جزء الربح ، لأنه أمين ، وذلك بشرطين : أولهما — أن يأتي بما يشبه أحوال الناس في المضاربة . وثانيهما — أن يكون المال مازال موجوداً في يد المضارب حساً أو معنى ، ككونه وديعة عند شخص أجنبي [٣] .

---

(١) المبسوط : ٢٢ ص ٨٩ ، البدائع : ٦ ص ١٠٩ ، المغني : ٥ ص ٧٠ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم عن ابن عباس ، ولفظه عند البيهقي في سننه : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، لكن البينة على المدعي ، واليمين على من أنكر » (انظر نصب الراية : ٤ ص ٩٦) وهناك حديث أخرجه الترمذي والدارقطني في سننيهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في خطبته : « البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه » (راجع نصب الراية : ٤ ص ٣٩٠) .

(٣) الشرح الكبير : ٣ ص ٥٣٧ ، بداية المجتهد : ٢ ص ٢٤١ .

وقال الشافعية : إذا اختلفا في القدر المشروط للعامل من الربح ، كأن قال : شرطت النصف ، فقال المالك : بل الثلث ، تحالفاً ، كاختلاف المتبايعين في قدر الثمن ، فلا ينفسخ العقد بالتحالف ، بل يفسخانه أو يفسخه أحدهما أو الحاكم . ويكون للعامل حينئذ أجرة المثل لعمله ، بالغة مابلغت ، لتعذر رجوع عمله إليه ، فوجب له قيمته وهو الأجرة (١) .

و – وإن اختلف المتعاقدان في صفة رأس المال : فقال رب المال : دفعت إليك مضاربة أو وديعة أو بضاعة لتشتري به وتبيع (٢) ، وقال العامل : بل أقرضتني المال ، والربح لي ، فالقول عند الحنفية والحنابلة قول رب المال ، لأن الشيء المدفوع ملكه ، فالقول قوله في صفة خروجه عن يده ، ولأن المضارب يدعي على رب المال التمليك ، وهو منكر (٣) .

ولو قال رب المال : أقرضتك ، وقال المضارب : دفعت إلي مضاربة فالقول قول المضارب باتفاق العلماء (٤) ، لأنهما اتفقا على أن الأخذ كان بإذن رب المال ، ورب المال يدعي على المضارب الضمان ، وهو ينكر ، فكان القول قوله .

---

(١) مغني المحتاج : ٢ ص ٣٢٢ ، المهذب : ١ ص ٣٨٩ .

(٢) أي أن الربح جميعه لرب المال ، لأن العامل لم يطلب لعمله بدلاً ، وعمله لايتقوم إلا بالتسمية ، فكان وكيلاً متبرعاً فهذا هو معنى البضاعة .

(٣) تبيين الحقائق : ٥ ص ٧٥ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٨٦ ، البدائع : ٦ ص ١١٠ ، المبسوط : ٢٢ ص ٩١ ، المغني : ٥ ص ٧١ .

(٤) المراجع السابقة ، الشرح الكبير : ٣ ص ٥٣٦ ، مغني المحتاج : ٢ ص ٣٢١ .

المطلب الخامس

مبطلات المضاربة

تبطل المضاربة في الحالات التالية [1] :

١ – **الفسخ والنهي عن التصرف أو العزل** : تبطل المضاربة بالفسخ ، وبالنهي عن التصرف أو العزل إذا وجد شرط الفسخ والنهي : وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي ، وأن يكون رأس المال نقداً وقت الفسخ والنهي ، فإن كان متاعاً لم يصح ذلك . ويترتب على هذا أنه إذا لم يعلم المضارب بالفسخ أو بالنهي وتصرف ، جاز تصرفه ، وإذا علم بالعزل وكان المال أمتعة « عروضاً » فله أن يبيعها .

٢ – **موت أحد العاقدين** : إذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة ، لأن المضاربة تشتمل على الوكالة ، والوكالة تبطل بموت الموكل والوكيل . ويتم بطلان المضاربة سواء علم المضارب بموت رب المال أو لم يعلم ، لأن الموت عزل حكمي ، فلا يقف على العلم ، كما في الوكالة .

٣ – **جنون أحد العاقدين** : تبطل المضاربة بجنون أحد المتعاقدين إذا كان مطبقاً ، لأن الجنون يبطل الأهلية ، وكل ما تبطل به الوكالة تبطل به المضاربة .

---

(١) البدائع : ٦ ص ١١٢ ومابعدها ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٧٤ ومابعدها ، تبيين الحقائق للزيلعي : ٥ ص ٦٦ ومابعدها ، رد المحتار على الدر المختار : ٤ ص ٥١٠ ، وانظر مغني المحتاج : ٢ ص ٣١٩ ومابعدها، المهذب : ١ ص ٣٨٨ ، المغني : ٥ ص ٥٨ .

٤ - **ارتداد رب المال عن الاسلام** : إذا ارتد رب المال عن الاسلام ، ومات أو قتل على الردة ، أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه ، بطلت المضاربة من يوم الردة عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن اللحوق بدار الحرب بمنزلة الموت ، وهو يزيل أهلية رب المال بدليل أن المرتد يقسم ماله بين ورثته .

وإذا كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لتوافر أهليته ، حتى إنه لو اشترى وباع وربح ، ثم قتل على ردته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع مافعل من ذلك جائز ، والربح بينهما على ما شرطا ، لأن عبارة المرتد صحيحة لتوافر التمييز والآدمية دون خلل في ذلك .

ويلاحظ أنه إذا صار رأس المال متاعاً فبيع المضارب فيه وشراؤه جائز حتى ينض رأس المال « أي يتحول الى النقدية » ، وحينئذ لاينعزل المضارب بالعزل والنهي ولا بموت رب المال ولا بردته أيضاً [١] .

٥ - **هلاك مال المضاربة في يد المضارب** : اذا هلك رأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً بطلت المضاربة ، لان المال تعين لعقد المضاربة بالقبض ، فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة .

وكذا تبطل المضاربة باستهلاك المضارب مال المضاربة أو إنفاقه أو دفعه الى غيره ، فاستهلكه ، حتى إن المضارب لايملك أن يشتري به شيئاً للمضاربة . فإن أخذ المضارب مثل المال من الذي استهلكه ، كان له أن يشتري به على المضاربة .

هذه هي الحالات التي تبطل بها المضاربة كما ذكر الحنفية . وإذا انفسخت

---

(١) المبسوط : ١٩ ص ١٠٤ ، ٢٢ ص ٨٦ ، تكملة فتح القدير : ٧ ص ٧٦ ، البدائع ، المرجع السابق .

المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس ، وامتنع المضارب عن تقاضي الديون وقبضها : فإن كان المضارب قد ربح ، أجبره الحاكم على اقتضاء الديون ، لانه بمنزلة الاجير ، والربح كالاجر له . والاجير مجبور على العمل فيما التزم . وإن لم يكن هناك ربح لم يلزمه اقتضاء الدين ، لانه يعتبر وكيلاً ، والوكيل متبرع ، والمتبرع لايجبر على ايفاء ما تبرع به ، غير أنه يؤمر المضارب أو الوكيل أن يحيل رب المال على الذي عليه الدين ، حتى يمكنه قبضه ، لان حقوق العقد ترجع الى العاقد ، فلا تثبت ولاية القبض لرب المال إلا بالحوالة من العاقد ، فيلزمه أن يحيله حتى لايضيع حقه .

وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال ، لان الربح تابع للمال ، ورأس المال أصل له ، ولا يعتبر التبع قبل حصول الاصل ، فيكون صرف الهلاك إلى التابع أولى . فإذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان على المضارب ، لانه أمين .



انتهى الكلام على مقرر الفقه للسنة الثانية في كلية الشريعة بجامعة دمشق ، فلله الحمد والمنة والشكر على ماوفقنا إليه من القيام بهذه المهمة في غضون أربع سنوات دراسية ، ونسأله سبحانه القبول والمثوبة ، إنه نعم المسئول .

(يتبعه جزء آخر)

في الباقي من عقود المعاملات ، والعقوبات الشرعية

محتويات الكتاب

اهم المراجع

ا ــ الفقه الحنفي

المبسوط للسرخسي ، الطبعة الأولى بمطبعة السعادة .

مختصر الطحاوي ، مطبعة دار الكتاب العربي بمصر .

تحفة الفقهاء للسمرقندي ، نشر دار الفكر بدمشق بتحقيق أحاديثها للمؤلف مع الأستاذ السيد محمد المنتصر الكتاني .

البدائع للكاساني ، الطبعة الأولى .

فتح القدير شرح الهداية للكمال بن الهمام ، المكتبة التجارية الكبرى بالقاهرة ، مطبعة مصطفى محمد .

تبيين الحقائق للزيلعي ، المطبعة الأميرية .

الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند ، المطبعة الأميرية .

رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين ، مطبعة البابي الحلبي بمصر .

اللباب شرح الكتاب للشيخ عبد الغني الميداني ، مطبعة صبيح بالقاهرة .

ب ــ الفقه المالكي

المنتقى شرح الموطأ للباجي الاندلسي ، الطبعة الاولى .

بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ، مطبعة الاستقامة بمصر .

القوانين الفقهية لابن جزي ، مطبعة النهضة بتونس .

مواهب الجليل للحطاب وبهامشه التاج والإكليل للمواق ، الطبعة الاولى .

الشرح الكبير للدردير بحاشية الدسوقي ، مطبعة البابي الحلبي بمصر .

ح — الفقه الشافعي

المهذب لابي اسحق الشيرازي ، مطبعة البابي الحلبي بمصر .
مغني المحتاج للخطيب الشربيني ، مطبعة البابي الحلبي بمصر .
شرح الجلال المحلي للمنهاج بحاشية القليوبي وعميرة ، مطبعة صبيح بالقاهرة .
نهاية المحتاج للرملي ، المطبعة البهية المصرية .
تحفة الطلاب بحاشية الشرقاوي ، مطبعة البابي الحلبي بمصر .
حاشية البيجوري على شرح ابن قاسم الغزي على متن أبي شجاع ، الطبعة الخامسة بالمطبعة الاميرية ببولاق مصر .

د — الفقة الحنبلي

المغني لابن قدامة ، الطبعة الثالثة بدار المنار بالقاهرة .
كشاف القناع على متن الاقناع للبهوتي ، مطبعة السنة المحمدية بمصر .
غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى للشيخ مرعي بن يوسف ، الطبعة الاولى بدمشق .

هـ — الفقه الظاهري

المحلى لابن حزم ، مطبعة الإمام بمصر

و — الحديث الشريف

جامع الأصول لابن الأثير الجزري ، مطبعة السنة المحمدية بمصر .
المنتقى على الموطأ ، مطبعة السعادة بمصر
تنوير الحوالك شرح موطأ مالك ، مطبعة الحلبي بالقاهرة .
نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي ، الطبعة الاولى .
التلخيص الحبير لابن حجر ، طبع الهند ، وطبع مصر أحياناً.
مجمع الزوائد للهيثمي ،نشر مكتبة القدسي بمصر .
المقاصد الحسنة للسخاوي ، مكتبة الخانجي بمصر .

نيل الأوطار للشوكاني ، المطبعة العثمانية المصرية .

سبل السلام للصنعاني ، الطبعة الثانية .

الإلمام في أحاديث الأحكام لابن دقيق العيد ، طبع دار الفكر بدمشق

الجامع الصغير للسيوطي ، مطبعة البابي الحلبي بمصر

كشف الخفا ومزيل الالتباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للعجلوني ، مكتبة القدسي سنة ١٣٥١ هـ .

تصويب الاخطاء

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٠	١٦	آ ـ اليمين	١ً ـ اليمين
٢٩	١٣	معروفاً	معرّفاً
٣٣	٣	اعتقادة	اعتقاده
٤٨	١٨	ولحنابلة	والحنابلة
٥٠	١ في الحاشية	المختار	الدر المختار
٦٥	٤	بتصرف الوصف	بتصرف في الوصف
٦٨	١٨	الموضوع	الموضع
٧٤	٥	قصى	أقصى
٧٥	٢	لذوق	الذوق
٩١	١٠	قيقع	فيقع
١٠٢	٣	امراته	امرأته
١٠٤	١٠	مبحثان	بحثان
١٠٤	١١	المبحث	البحث
١٠٦	٣	المبحث	البحث
١٢٤	١٠ في الحاشية	بيه	أبيه
١٥١	١٢	متهم	منهم
١٥٦	٢	لأن	لأنه
١٤٠	٦ في الحاشية	أقر	قرأ
١٤٤	١٤	كل من المتعاقدين	كل واحد من المتعاقدين
١٥٣	٧	بالأقول	بالأقوال
١٥٦	٥	لأن	لأنه

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
١٦٣	١٦	ففد	فقد
١٦٣	٢٠	فلم	، لم
١٦٤	٨	فقيل	فقبل
١٧٦	١	عقود الماليه	عقود المعاوضات المالية
١٨٤	١١	الذمة	في الذمة
٢٠٥	٢	البيع الباطل	أنواع البيع الباطل
٢١١	٤	للبداية	للدابة
٢١٧	٢	البيع الفاسد	أنواع البيع الفاسد
٢١٨	٧	أو يرد	ويرد
٢٣١	٦	أثبت	ثبت
٢٥٤	٤	المشتري	المشترى
٢٦٩	١٨	٢ ـ إسقاط	٣ — إسقاط
٢٧٤	٣	يعيب	بعيب
٣١٣	١٦	يثبت	يتثبت
٤٣١	٥	البيوغ	البيوع
٤٤٢	٧	المحضورات	المحظورات
٤٤٢	١ في الحاشية	أحرى	أخرى
٤٥١	٥ في الحاشية	الزائد	الزوائد
٤٥٧	١٧	لاتأكلوا بينكم	لا تأكلوا أموالكم بينكم
٤٦٠	٢	سحص	شخص
٥١٢	١	٣ ـ	ثالثاً ـ
٥٦٤	٣	ثمن المشتري	ثمن المشترى
٥٧٦	٢	تحالفاً	تحالفا

من آثار المؤلف

١ ـ الذرائع في السياسة الشرعية والفقه الإسلامي ، بحث لنيل الماجستير في الشريعة عام ١٩٥٩ م .

٢ ـ آثار الحرب في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة . رسالة حصلت بها على درجة الدكتوراه في الحقوق بمرتبة الشرف الأولى مع التبادل مع الجامعات الأخرى عام ١٩٦٣ .

٣ ـ تخريج وتحقيق أحاديث « تحفة الفقهاء » في أربعة مجلدات بالاشتراك مع الأستاذ السيد محمد المنتصر الكتاني عام ١٩٦٤ .

٤ ـ الوسيط في أصول الفقه الإسلامي عام ١٩٦٥ .

٥ ـ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ـ(عقود البيع والايجار والشركات ، الأيمان والنذور والكفارات) عام ١٩٦٧ .

٦ ـ الفقه الإسلامي في أسلوبه الجديد ـ(زمرة من العقود، العقوبات الشرعية، الجهاد والمعاهدات، القضاء وطرق الاثبات) عام ١٩٦٧